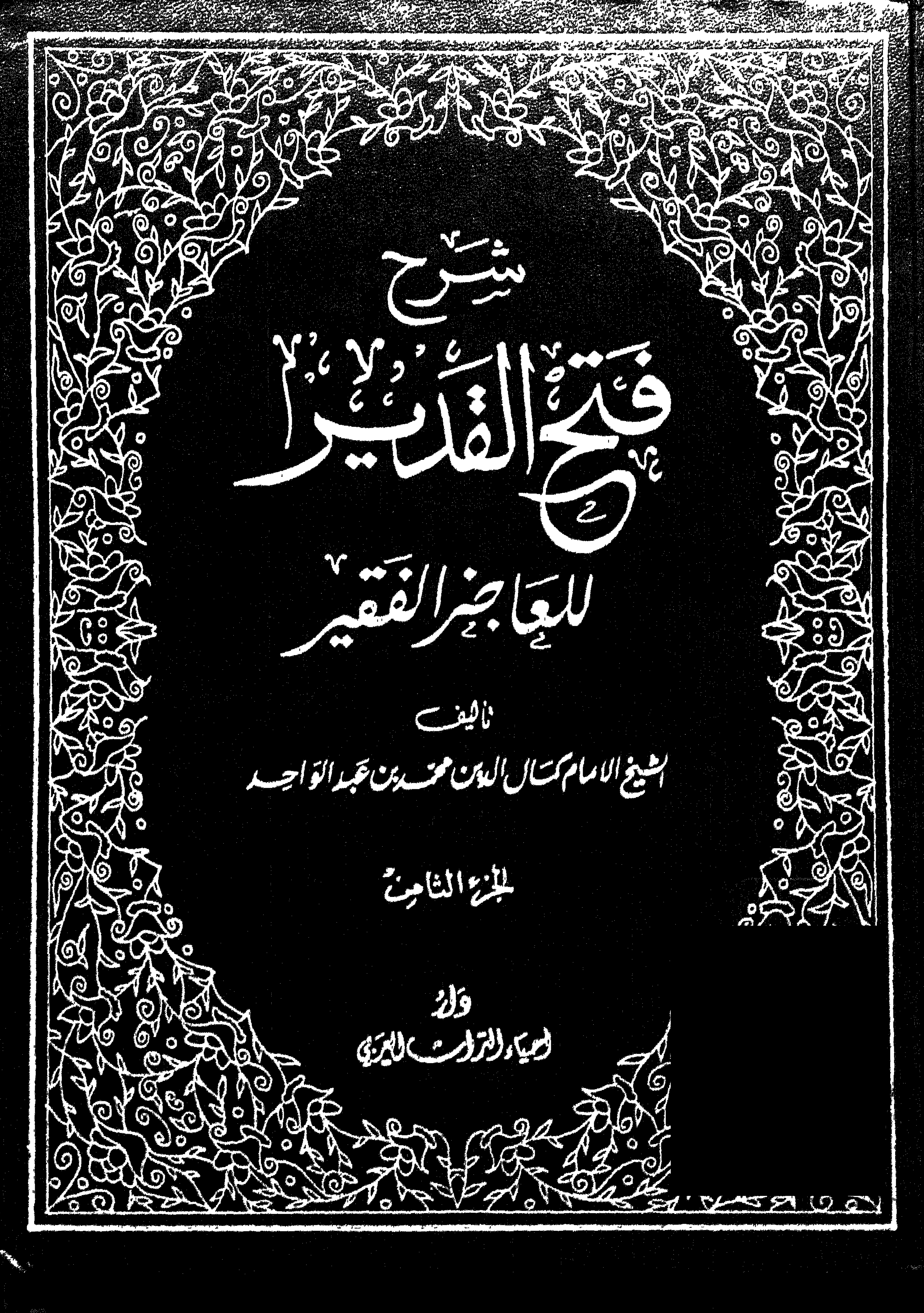
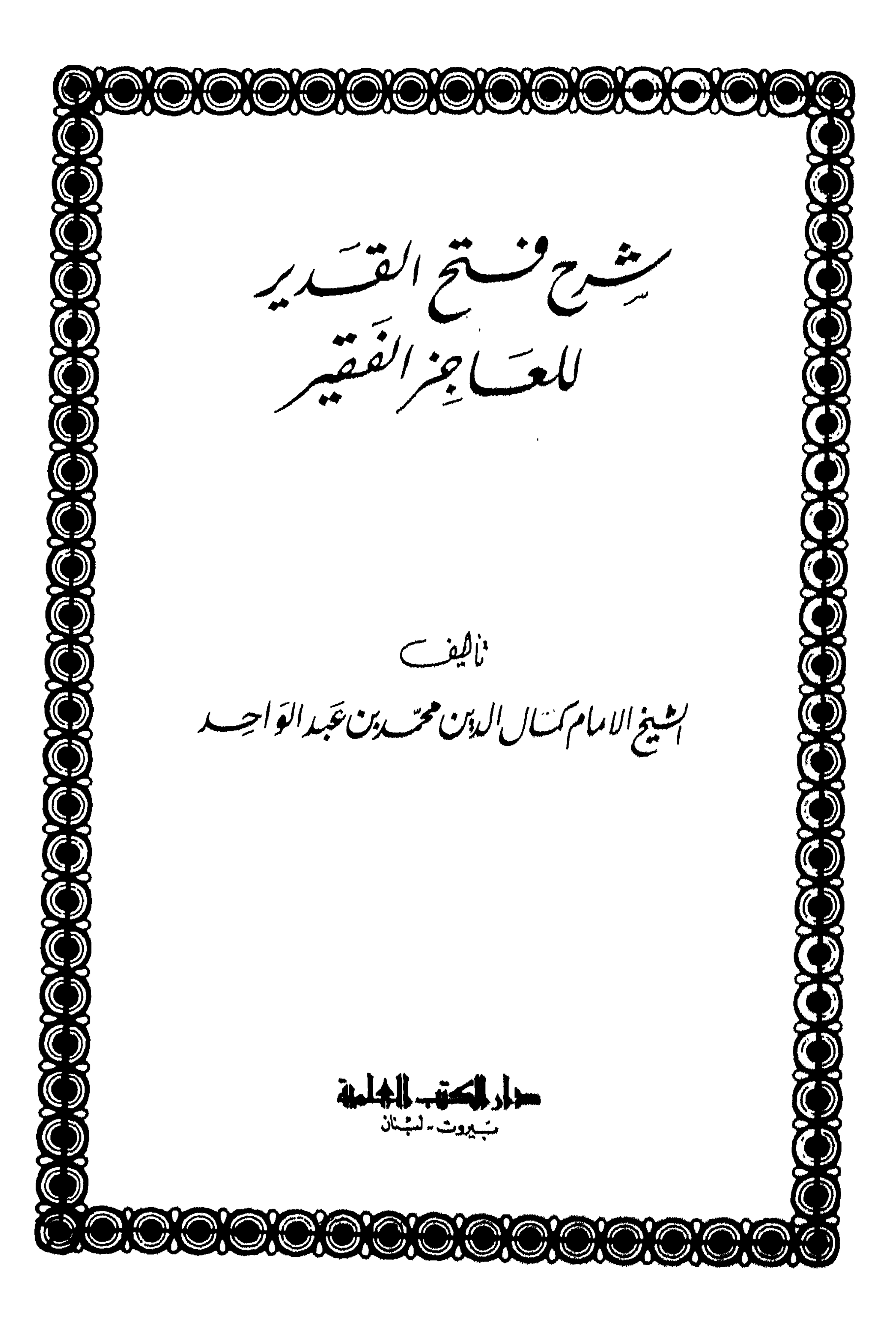

شرح
فتح القدير
للعاجز الفقير
تأليف
الشيخ الامام كمال الدين محمد بن عبد الواحد
الجزء الثامن
دار
إحياء التراث العربي

شرح فتح القدير
للعاجز الفقير



شرح فتح القدير للعاجز الفقير

تأليف

الشيخ الامام كمال الدين محمد بن عبد الواحد

دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان

الجزء الثامن



(الجزء الثامن)

من شرح الهداية وهو نتائج الافكار في كشف الرموز والاسرار لمولانا شمس الدين أحمد بن قودر المعروف بقاضي زاده أفندي قاضي عسكر روملي وهي تكملة فتح القدير للمحقق الكمال بن الهمام رحمهم الله تعالى مع بقية الكفاية لمولانا جلال الدين الخوارزمي الكرلاني على الهداية شرح بداية المبتدي تأليف شيخ الاسلام برهان الدين أبي الحسن علي بن عبد الجليل أبي بكر المرغيناني الرشداني المتوفى سنة ٥٩٣ في الفقه على مذهب الامام الاعظم أبي حنيفة رحمهم الله ونفعنا بهم آمين

وبهامشه بقية شرح العناية على الهداية للامام أكمل الدين محمد بن محمود البابرتي المتوفى سنة ٧٨٦ وحاشية المولى المحقق سعد الله بن عيسى المفتي الشهير بسعدي جلبي وبسعدي أفندي المتوفى سنة ٩٤٥ على شرح العناية المذكور وعلى الهداية

(تنبيه) قد جعلنا الهداية ونتائج الافكار التكملة والكفاية في الصلب الاول في صدر الصحيفة ويليه الثاني مفصولا بينهما بجدول ثم الثالث مفصولا بينهما بجدول وكذلك جعلنا شرح العناية وحاشية سعدي جلبي الاول في صدر الهامش ويليه الثاني والتعقيبة تابعة للهداية فليعلم

(قال في كشف الظنون)

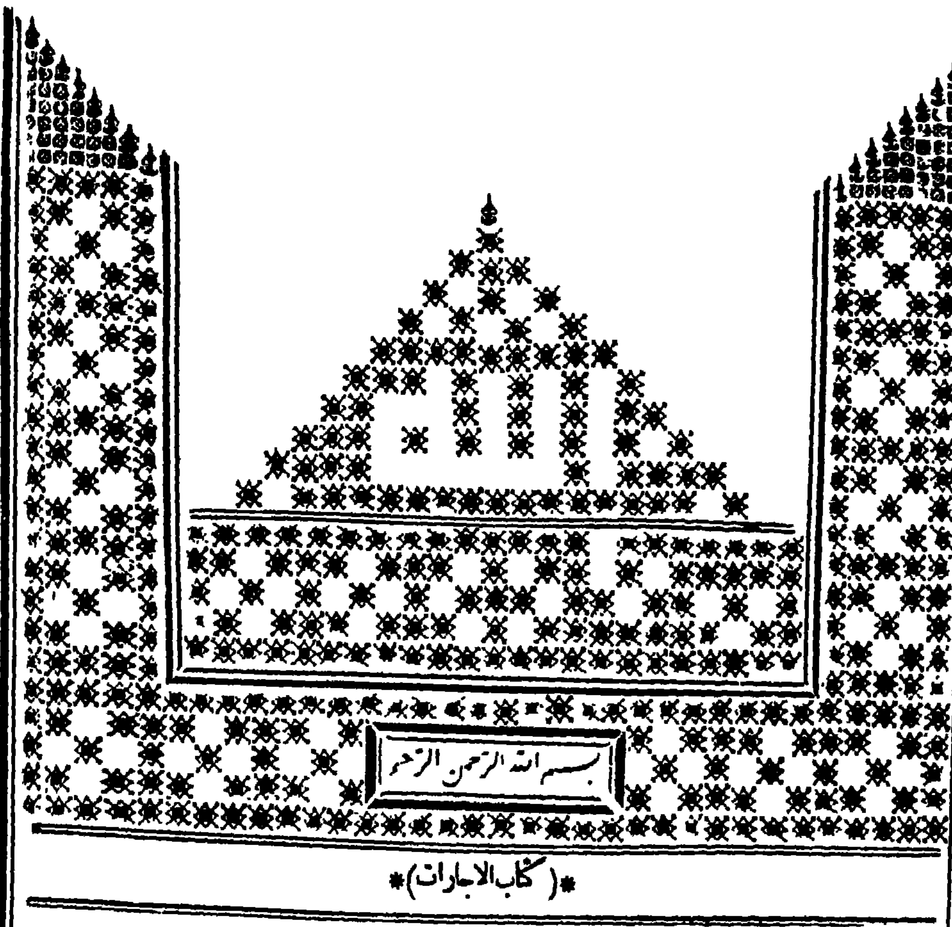
ان الهداية كالقرآن قد نسخت * ما صنفوا قبلها في الشرع من كتب

فاحفظ قواعدها واسلك مسالكها * يسلم مقالك من زيغ ومن كذب

(وقال بعضهم)

برهان دين الله حارس شرعه * ام الكرامة مقتدى علمائه

أعلى لواء العلم حتى أصبحت * علماء دين الله تحت لوائه



(كتاب الاجارات)

لما فرغ من بيان أحكام تمليك الاعيان بغير عوض وهو الهبة شرع في بيان أحكام تمليك المنافع بعوض وهو الاجارة وقدم الاولى على الثانية لان الاعيان مقدمة على المنافع ولان في الاولى عدم العوض والعدم مقدم على الوجود ثم لعقد الاجارة مناسبة خاصة بفصل الصدقة من حيث انهما يقعان لازمين فلذلك أورد كتاب الاجارات متصلا بفصل الصدقة كذا في الشروح قال صاحب العناية وانما جمعها اشارة الى أنها حقيقة ذات أفراد فان لها نوعين نوع يرد على منافع الاعيان كاستئجار الدور والاراضي والدواب ونوع يرد على العمل كاستئجار المحترفين للاعمال نحو القصارة والخياطة ونحوهما اه (أقول) فيه اختلال لانه ان أراد بالافراد في قوله ذات أفراد الاشخاص الجزئية كما هو المتبادر من لفظ الافراد لم تحصل فائدة في جمعها اذ لا يحتمل عند أحد أن يكون لحقيقتها فرد واحد شخصي أو فردان شخصيان فقط حتى يجمع للاشارة الى أنها ذات أفراد كثيرة على ان قوله فان لها نوعين لا يطابق المدعى حينئذ كما لا يخفى وان أراد بالافراد في قوله المزبور الانواع الكلية لم يتم بيانه بقوله فان لها نوعين الخ اذ بمجرد تحقق النوعين لها لا يصح ايرادها بصيغة الجمع على ما هو المذهب المختار من كون أقل الجمع ثلاثة وأما الحمل على ما هو المذهب الضعيف جدا من كون أقل الجمع اثنين فمما لا ينبغي بان يرتكبه ويبنى عليه كلام المصنف الذي هو علم في التحقيق فالحق عندي أن يقال انما جمعها اشارة الى أن لها أنواعا مختلفة نوع تصير المنفعة فيه معلومة بالمدة كاستئجار الدور للسكنى ونوع تصير المنفعة فيه معلومة بالتسمية كاستئجار رجل على صبغ ثوب أو خياطته ونوع تصير المنفعة فيه معلومة بالتعيين والاشارة كاستئجار رجل لينقل هذا الطعام الى موضع معلوم وهذه الانواع الثلاثة هي التي أشير اليها في الكتاب بقوله والمنافع تارة تصير معلومة بالمدة وتارة تصير معلومة بالتسمية وتارة تصير معلومة بالتعيين والاشارة على ما سيأتي تفصيلها عن

(كتاب الاجارات)
لما فرغ من بيان أحكام تمليك الاعيان بغير عوض وهو الهبة شرع في بيان أحكام تمليك المنافع بعوض وهو

الاجارة وقدم الاولى على الثانية لان الاعيان مقدمة على المنافع وسنذكر معنى الاجارة لغة وشرعا وانما جمعها اشارة الى أنها حقيقة ذات أفراد فان لها نوعين نوع يرد على منافع الاعيان كاستئجار الدور والاراضي والدواب ونوع يرد على العمل كاستئجار المحترفين للاعمال نحو القصارة والخياطة ونحوهما ومن محاسنها دفع الحاجة بقليل من البدل فان كل أحد لا يقدر على دار يسكنها او حمام يغتسل فيها او ابل تحمل أثقاله الى بلد لم يكن بالغه الا بشقة النفس وسببها ما مر غير مرة من تعلق البقاء المقدور بتعاطيها وأما شرطها فمعلومية البدلين وأما ركنها فالايجاب والقبول بلفظين ماضيين من الالفاظ الموضوعة لعقد الاجارة وأما حكمها ودليل شرعيتها فسيذكر ان شاء الله تعالى

قال (الاجارة عقد على المنافع بعوض الخ) بين المفهوم الشرعي قبل اللغوي لان اللغوي هو الشرعي بلا مخالفة

(قوله وقدم الاولى على الثانية لان الاعيان مقدمة على المنافع) أقول والعدم أيضا مقدم على الوجود وأيضا تجري الهبة من الاجارة مجرى المفرد من المركب حيث لا يشترط فيها العوض أو حيث تلزم هي دون الهبة (قوله ذات أفراد) أقول الظاهر أن يقال ذات أنواع (قوله نوع يرد على منافع الاعيان) أقول أي المنافع التي ليست من الاعمال قال المصنف (الاجارة عقد على المنافع بعوض) أقول ولو قال تمليك المنافع أو نحوه لكان أولى لعدم تناوله النكاح فانه ليس بتمليك وانما هو استباحة المنافع بعوض كما صرح به الزيلعي بخلاف تعريف الكتاب حيث يشمله الا أن يقال المراد عقد تمليك بقرينة الشهرة فليتأمل ثم اعلم أن ما ذكره الزيلعي من قوله النكاح ليس بتمليك بل هو اباحة مخالف لما سبق في أوائل كتاب النكاح من أنه سبب لملك المتعة ولهذا لا ينعقد بلفظ الاباحة فتدبر ثم أقول لم يقيد المنافع بالمعلومية كما فعله البعض قصدا الى تعميم التعريف للاجارة الفاسدة على أن من قيد ان أراد تعريف الصحيحة لم يصح لشموله الفاسدة بالشرط الفاسد وبالشيوع الاصلي وان عمم فلا حاجة الى التقييد

(الاجارة عقد على المنافع بعوض)

قريب (قوله الاجارة عقد على المنافع بعوض) قال بعض الفضلاء ولو قال تمليك المنافع أو نحوه لكان أولى لعدم تناوله النكاح فانه ليس بتمليك وانما هو استباحة المنافع بعوض كما صرح به الزيلعي بخلاف تعريف الكتاب حيث يشمله الا أن يقال المراد عقد تمليك بقرينة الشهرة فليتأمل اه كلامه (أقول) ليس هذا بسديد اذ لو قال تمليك المنافع ونحوه لم يتفاوت الامر فان النكاح أيضا تمليك قطعا لا استباحة محضة والا لما وجب الاعتياض عنه بل لما جاز وقد أفصحوا عن هذا في أول كتاب النكاح حيث فسروا النكاح في الشرع في عامة الشروح بل المتون بانه عقد موضوع لتمليك المتعة وقالوا المستوفى بالنكاح مملوك للعاقد بدلالة جواز الاعتياض وبدلالة انه اختص به انتفاعا وحجرا وقالوا لا ينعقد النكاح بلفظ الاباحة والاحلال لانه ليس بسبب ملك المتعة وما ذكره الزيلعي ههنا في شرحه للكنز من ان النكاح ليس بتمليك وانما هو استباحة المنافع بعوض مناقض لما أجمعوا عليه في كتاب النكاح من ان النكاح تمليك حتى ان صاحب الكنز نفسه أيضا صرح في أول النكاح بانه عقد يرد على تمليك المتعة قصدا ومخالف لما تقرر عندهم من ان الاعتياض لا يجوز في الاباحة فان من أباح شيأ فانما يتلفه على ملك المبيح فلم يكن ذلك مما يعتد به ويلتفت اليه والعجب ان ذلك البعض قال بعد كلامه المزبور ثم اعلم ان ما ذكره الزيلعي من قوله النكاح ليس بتمليك بل هو اباحة مخالف لما سبق في أوائل كتاب النكاح من انه سبب لملك المتعة ولهذا لا ينعقد بلفظ الاباحة اه ولا يخفى ان بين كلاميه تدافعا فان مدار الاول صحة ما ذكره الزيلعي ومقتضى الثاني عدم صحته لكونه مخالفا لما تقرر فيما سبق * ثم أقول يمكن أن يقال في دفع تناول تعريف الكتاب وغيره للنكاح ان المصنف قال في أوائل كتاب النكاح ولا ينعقد النكاح بلفظ الاجارة في الصحيح لانه ليس بسبب لملك المتعة وقال صاحب الكافي والشراح هنالك وعن الكرخي انه ينعقد بلفظ الاجارة لان المستوفى بالنكاح منفعة حقيقة وقد سمى الله تعالى العوض في النكاح أجرا بقوله تعالى فآتوهن أجورهن وهو يشعر بانه مشاكل للاجارة ولنا أن المملوك بالنكاح في حكم العين حتى لا ينعقد الا مؤبدا والاجارة لا تنعقد الا مؤقتة فبينهما منافاة فانى تصح الاستعارة انتهى كلامهم فاذا كان المملوك بالنكاح في حكم العين حتى لم يصح بذلك جعل لفظ الاجارة استعارة للنكاح لم يتناول تعريف الاجارة بانها عقد على المنافع بعوض أو بانها تمليك المنافع بعوض أو بنحو ذلك للنكاح تامل تقف وقال في غاية البيان وينبغي أن يقال عقد على منفعة معلومة بعوض معلوم الى مدة معلومة حتى يخرج النكاح لان التوقيت يبطله اه (أقول) وهذا أيضا ليس بسديد اذ على تقدير أن يقال كذلك يخرج من التعريف كثير من الاجارات كما يخرج النكاح فانهم صرحوا بان المنافع في الاجارات تارة تصير معلومة بالمدة كاستئجار الدور للسكنى والارض للزراعة وتارة تصير معلومة بالتسمية كاستئجار رجل على صبغ ثوب أو خياطته وتارة تصير معلومة بالتعيين والاشارة كاستئجار رجل لينقل له هذا الطعام الى موضع معلوم وتعيين المدة انما يجب في القسم الاول من تلك الاقسام الثلاثة دون القسمين الاخيرين منها فتخرج الاجارات المندرجة تحت هذين القسمين من تعريف

مباحث الاجارة لغة مذكورة في المغرب وغيره على الاستقصاء (قوله الاجارة عقد يرد على المنافع) احترز به عن بيع الاعيان (قوله بعوض) احترز به عن العارية

لان الاجارة فى اللغة بيع المنافع والقياس يابى جوازه لان المعقود عليه المنفعة وهى معدومة واضافة التمليك الى ماسيوجد لا يصح الا أنا جوزناه لحاجة الناس اليه وقد شهدت بصحتها الآثار وهو قوله عليه الصلاة والسلام أعطوا الاجير أجره قبل أن يجف عرقه وقوله عليه الصلاة والسلام من استأجر أجيرا فليعلمه أجره

لاجارة على الوجه المذكور يحتمل قطعا (قوله لان الاجارة فى اللغة بيع المنافع) قال الشارح العينى قيل فيه نظر الان الاجارة اسم للاجرة وهى ما أعطيت من كراء الاجير كما صرحوا به قلت قد بينت لك عن قريب ان الاجارة يجوز أن تكون مصدرا فيستقيم الكلام اه (أقول) النظر المزبور ظاهر الورود لان المذكور فى كتب اللغة انما هو ان الاجارة اسم للاجرة لا أمر آخر وانما الذى هو بيع المنافع الايجار وقد كان هذا خطر ببالى حتى كتبته فى مسوداتى من تلقاء نفسى قبل ان أرى ما كتبه غيرى وأما الجواب الذى ذكره بقوله قلت قد بينت لك عن قريب الخ فليس بشئ لان مراده بقوله قد بينت لك الخ ماذكره فى صدر كتاب الاجارات بقوله ولا يمنع أن تكون مصدرا منه كما تقول كتب يكتب كتابة بعد قوله وهو جمع اجارة على فعالة بالكسر اسم للاجر بمعنى الاجرة من أجره اذا أعطاه أجره ولا يذهب عليك ان ذلك لا يجدى شيأ فى الجواب عن النظر المزبور اذ قد تقرر فى علم الادب ان مصدر الثلاثى سماعى لا قياس فيه فكون الكتابة مصدرا من كتب لا يقتضى كون الاجارة أيضا مصدرا من أجر فان الكتابة سمعت مصدرا من كتب وأما الاجارة فلم تسمع مصدرا قط والكلام فيما سمع من أهل اللغة لا فى الاحتمال العقلى على أنه لو سلم مجئ الاجارة فى اللغة مصدرا من أجره اذا أعطاه أجره كمجئ الاجر مصدرا منه لم يستقم الكلام أيضا اذ لا تكون الاجارة حينئذ أيضا فى اللغة بيع المنافع بل تكون اعطاء الاجر وقد قال المصنف ان الاجارة فى اللغة بيع المنافع فلا استقامة ثم ان صاحب العناية قال ههنا بين المفهوم الشرعى قبل اللغوى لان اللغوى هو الشرعى بلا مخالفة وهو فى بيان شرعيتها فالشرعى أولى بالتقديم اه (أقول) فيه بحث لان كون المفهوم الشرعى أولى بالتقديم بناء على أنه فى بيان شرعيتها لو تم لاقتضى تقديم المفهوم الشرعى على المفهوم اللغوى فى جميع المواضع سواء كان المعنى الشرعى موافقا للمعنى اللغوى أو مخالفا له مع أن دأب المصنفين عن آخرهم جرى على تقديم بيان المعنى اللغوى على بيان المعنى الشرعى لكون اللغوى هو الاصل المتقدم فالوجه عندى ههنا أن المصنف سلك مسلك الاستدلال على كون الاجارة فى الشرع عقدا على المنافع بعوض ولكن طوى الصغرى فكأنه قال لان معنى الاجارة فى الشرع هو معناها فى اللغة ومعناها فى اللغة بيع المنافع ولا يخفى أن هذا المسلك يقتضى تقديم مفهومها الشرعى بناء على ما اشتهر من تقديم المدعى على الدليل تدبر فانه وجه حسن (قوله الا أنا جوزناه لحاجة الناس اليه وقد شهدت بصحته الآثار) قال صاحب العناية فى شرح هذا المحل الا أنها جوزت على خلاف القياس بالاثر لحاجة الناس فكان استحسانا بالاثر اه (أقول) فى تقريره قصور اذ المتبادر من قوله الا أنها جوزت على خلاف القياس بالاثر ومن قوله فكان استحسانا بالاثر أن ينحصر دليل شرعيتها فى الاثر والا لم تكن فائدة فى ذكر قيد الاثر فى الموضعين وليس ذلك بمنحصر فى الاثر بل الكتاب أيضا دليل عليها كقوله تعالى فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن وكقوله تعالى حكاية عن شعيب عليه السلام أريد أن أنكحك احدى ابنتى هاتين على أن تأجرنى ثمانى حجج وكذا اجماع الامة أيضا دليل عليها كما ذكر فى الكافى وغيره بخلاف تقرير المصنف كما لا يخفى على الفطن المتأمل (قوله وهى قوله عليه الصلاة والسلام أعطوا الاجير أجره قبل أن يجف عرقه) قال الشراح فان الامر باعطاء الاجر دليل على صحته (أقول) لقائل أن يقول سيأتى فى باب الاجارة الفاسدة أنه يجب فيها أجر المثل اذ لا شك ان الواجب الشرعى مأمور باعطائه من

(قوله واضافة التمليك الى ماسيوجد لا يصح) لان المعدوم ليس بمحل العقد لانه ليس بشئ فيستحيل وصفه بانه معقود عليه ولانه لا بد من ملك المعقود عليه بعد الوجود لانعقاد العقد والمعدوم لا يوصف بانه مملوك ولا يمكن جعل العقد مضافا الى زمان الوجود لان المعاوضات لا تحتمل الاضافة كالبيع

وهو فى بيان شرعيتها فالشرعى أولى بالتقديم ولما كانت عبارة عن تمليك المنافع وهى غير موجودة فى الحال لم يقتض القياس جوازها الا أنها جوزت على خلاف القياس بالاثر لحاجة الناس فكان استحسانا بالاثر ومن الآثار الدالة على صحتها ماذكره فى الكتاب وهو قوله صلى الله عليه وسلم أعطوا الاجير أجره قبل أن يجف عرقه فان الامر باعطاء الاجر دليل على صحة العقد وقوله عليه الصلاة والسلام من استأجر أجيرا فليعلمه أجره وفيه زيادة بيان أن معلومية

قال المصنف (لان الاجارة فى اللغة بيع المنافع) أقول فيه بحث أما أولا فلانه لا بد من ضميمة لهذا التعليل حتى يتم كان يقال ولم يثبت نقله فى الشرع الى معنى آخر وأما ثانيا فلانه مخالف لما فى كتب اللغة كالمغرب وغيره أنها اسم للاجرة (قوله لان اللغوى هو الشرعى بلا مخالفة) أقول فيه بحث (قوله فالشرعى أولى بالتقديم) أقول فيه بحث قال المصنف (والقياس يابى جوازه) أقول ذكر الضمير الراجع الى الاجارة باعتبار أنها عقد قال المصنف (وقد شهدت بصحتها الآثار وهو الخ) أقول هو راجع

وتنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة والدار أقيمت مقام المنفعة فى حق اضافة العقد اليها ليرتبط الايجاب بالقبول ثم عمله يظهر فى حق المنفعة ملكا واستحقاقا حال وجود المنفعة

قبل الشرع فلم يكن الامر باعطائه الاجر دليل صحة العقد اللهم الا أن يقال وقع الامر فى الحديث المذكور باعطاء الاجر المضاف الى الاجير حيث قال أعطوا الاجير أجره وذلك يفيد كون المراد بالاجر المامور باعطائه الاجر المسمى للاجير دون أجر المثل مطلقا والامر باعطاء الاجر المسمى للاجير لا يتصور الا فى الاجارة الصحيحة تبصر (قوله وتنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة والدار أقيمت مقام المنفعة فى حق اضافة العقد ليرتبط الايجاب بالقبول) قال بعض الفضلاء لا بد أن يتامل فى هذا المقام فان الانعقاد هو ارتباط القبول بالايجاب فاذا حصل الارتباط باقامة الدار مقام المنفعة يتحقق الانعقاد فأى معنى للانعقاد ساعة فساعة بعد ذلك اه كلامه (أقول) جواب هذا الاشكال ينكشف جدا بما ذكره صاحب غاية البيان ههنا حيث قال والمراد من انعقاد العلة ساعة فساعة فى كلام مشايخنا على حسب حدوث المنافع هو عمل العلة ونفاذها فى المحل ساعة فساعة لا ارتباط الايجاب بالقبول كل ساعة وان كان ظاهر كلام المشايخ يوهم ذلك والحكم تاخر من زمان انعقاد العلة الى حدوث المنافع ساعة فساعة لان الحكم قابل للتراخى كما فى البيع بشرط الخيار وفسر بعض مشايخنا على وجه آخر فقال اللفظان الصادران منهما مضافين الى محل المنفعة وهو الدار صحا كلاما وهو عقد بينهما اذ العقد فعلهما ولا فعل يصدر منهما سوى ترتيب القبول على الايجاب ثم الانعقاد حكم الشرع يثبت وصفا لكلامهما شرعا والعلة الشرعية مغايرة للعلل العقلية فانه يجوز أن تنفك عن معلولها ثم الجواز أن يقال العقد وجد وأنه عبارة عن كلامهما والانعقاد تراخى الى وجود المنافع ساعة فساعة بخلاف العلل العقلية فان الانكسار لا يصح انفكاكه عن الكسر الى هنا كلام صاحب الغاية فكأن ذلك المستشكل لم ير هذا الكلام أو لم يقنع به وكلاهما مما لا ينبغى كما لا يخفى ثم ان صاحب العناية جعل قول المصنف والدار أقيمت مقام المنفعة الخ جوابا عن سؤال مقدر حيث قال بعد شرح قوله وتنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع فان قيل اذا كان كذلك وجب أن يصح رجوع المستاجر فى الساعة الثانية قبل أن ينعقد العقد فيها واذا استاجر شهرا مثلا ليس له أن يمتنع بلا عذر أجاب بقوله والدار أقيمت مقام المنفعة فى حق اضافة العقد ليرتبط الايجاب بالقبول الزاما للعقد فى المقدار المعين اه كلامه وقد تبعه العينى (أقول) فيه نظر لانه ان تحقق انعقاد العقد فى ذلك المقدار المعين كله بمجرد اقامة الدار مقام المنفعة فى حق اضافة العقد ليرتبط الايجاب بالقبول لم يظهر معنى قولهم وتنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع اذ يلزم حينئذ أن تنعقد فى الساعة الاولى وهى ساعة العقد بالايجاب والقبول وارتباط أحدهما بالآخر وان لم يتحقق ذلك الانعقاد بمجرد تلك الاقامة بل حصل ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع كما هو الظاهر من كلامهم يرد السؤال المقدر المزبور على قولهم وتنعقد ساعة فساعة ولا يتم قول المصنف والدار أقيمت مقام المنفعة الخ جوابا عن

(قوله والدار أقيمت مقام المنفعة فى اضافة العقد اليها) هذا عندنا ليرتبط الايجاب بالقبول ثم عمل العقد يظهر فى المنفعة ملكا واستحقاقا أى يثبت الملك والاستحقاق معا حال وجود المنفعة فعقد الاجارة ينعقد شيأ فشيأ حسب حدوث المنافع بمنزلة الوصية المضافة الى ما يثمر من نخله والطلاق المضاف الى شهر بخلاف بيع العين فان الملك فى العين يثبت فى الحال ويتأخر الاستحقاق الى زمان نقد الثمن وعند الشافعى رحمه الله يجعل المنافع المعدومة موجودة حكما ضرورة تصحيح العقد فان العقد يستدعى محلا ينعقد فيه اذ الشرع حكم بالانعقاد واللزوم وهو وصف العقد المنعقد فحكمنا بوجود المحل لينعقد العقد * وما ذهبنا اليه من اقامة الدار مقام المنفعة أولى لان جعل السبب مقام المسبب أمر شائع فى الشرع أما جعل المعدوم موجودا فخلاف الاصل اذ العدم مع الوجود متنافيان ولهذا أقيمت المرأة مقام ما هو المقصود من النكاح فى حكم العقد وأقيمت الذمة التى هى محل المسلم فيه مقام ملك المعقود عليه فى حكم جواز

الاجر شرط جوازها (وتنعقد الاجارة ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع) لانها هى المعقود عليه فالملك فى البدلين أيضا يقع ساعة فساعة لان المعاوضة تقتضى التساوى والملك فى المنفعة يقع ساعة فساعة على حسب حدوثها فكذا فى بدلها وهو الاجرة فان قيل اذا كان كذلك وجب أن يصح رجوع المستأجر فى الساعة الثانية قبل أن ينعقد العقد فيها واذا استأجر شهرا مثلا ليس له أن يمتنع بلا عذر أجاب بقوله (والدار أقيمت مقام المنفعة فى حق اضافة العقد ليرتبط الايجاب بالقبول) الزاما للعقد فى المقدار المعين (ثم يظهر عمل العقد وأثره فى حق المنفعة) يعنى يتراخى حكم اللفظ الى حين وجود المنفعة (ملكا واستحقاقا) يعنى يثبتان معا (حال وجود المنفعة) بخلاف بيع العين

الى الاثر أو الآثار والتذكير باعتبار الخبر قال المصنف (وتنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة والدار أقيمت مقام المنفعة الخ) أقول لا بد أن يتأمل فى هذا المقام فان الانعقاد هو ارتباط القبول بالايجاب فاذا حصل الارتباط باقامة الدار مقام

(ولا تصح حتى تكون المنافع معلومة والاجرة معلومة) لما روينا ولان الجهالة في المعقود عليه وبدله تفضي الى المنازعة كجهالة الثمن والمثمن في البيع (وما جاز أن يكون ثمنا في البيع جاز أن يكون أجرة في الاجارة) لان الاجرة ثمن المنفعة فتعتبر بثمن المبيع وما لا يصلح ثمنا يصلح أجرة أيضا كالاعيان

ذلك السؤال بل يحتاج الى جواب آخر كما لا يخفى فالاظهر أنه ليس مراد المصنف بقوله المذكور الجواب عن السؤال المزبور بل مراده به توجيه صحة العقد في المنافع المعدومة على أصل أئمتنا كما فصل في الكافي وسائر الشروح سيما في غاية البيان فانه قال فيها بيان ما قلناه وأن العقد لا بد له من محل لان المحل شرط صحة العقد لان العقود لا تصح بلا محل ولهذا قال الفقهاء المحال شروط ومحل العقد هنا هي المنافع وهي معدومة ولا يصلح المعدوم محلا للعقد فجعلت الدار محلا للعقد باقامتها مقام المنافع التي ستوجد لان الدار محل المنافع تصحيحا للعقد حتى يرتبط الكلامان وهما الايجاب والقبول أحدهما بالآخر على وجه يكونان علة صالحة في افادة الحكم وهو ملك المنافع التي ستوجد اه فتدبر (قوله وما لا يصلح ثمنا يصلح أجرة أيضا

السلم * وهذا لان من شرط جواز العقد أن يكون المعقود عليه موجودا في نفسه مقدور التسليم وللشارع ولاية أن يجعل المعدوم حقيقة موجودا حكما لحاجة الناس اليه كما جعل النطفة في الرحم ولا حياة فيها كالحي حكما في حق الارث والعتق والوصية وكما جعل الحي حقيقة كالميت حكما وهو المرتد اللاحق بدار الحرب وأقرب من هذا السلم فانه بيع المعدوم حقيقة لكن الشرع جعل العين المعدوم حقيقة كالموجود حكما في حق جواز السلم رخصة وترفيها باعتبار ثبوته في الذمة وجعل ذلك الثبوت في الذمة قائما مقام العين القائم حال العقد كذا هنا ولله تعالى أن ينصب الاحكام ولا يشرك في حكمه أحدا لكنا نقول جواز العقد ليس باعتبار أن المنفعة المعدومة تجعل موجودا حكما وكيف يقال هذا والموجود من المنفعة حقيقة لا يقبل العقد لانها عرض لا يتصور بقاؤها وقتين وما لا بقاء لها كيف يتصور تسليمه بحكم العقد فلا يكون محلا للعقد المعاوضة بل باعتبار أن عين الدار المنتفع بها أقيم مقام المنفعة في حق صحة الايجاب ليرتبط الايجاب بالقبول ثم انعقاد العقد في حق المعقود عليه في حكم المضاف الى وقت الحدوث وهو معنى قولنا ان عقد الاجارة في حكم عقود متفرقة يتجدد انعقادها على حسب حدوث المنافع * وهذا لان اقامة السبب مقام المسبب أصل في الشرع كاقامة السفر مقام المشقة والبلوغ مقام كمال العقل الى غير ذلك من النظراء ولا عهد لنا في الشرع أن يجعل المعدوم موجودا مع أن فيه قلب الحقيقة ولم يكن الجواز في السلم بطريق أن المسلم فيه أخذ حكم العين بل باعتبار أن الذمة التي هي محل للمسلم فيه أقيمت مقام المسلم فيه في حق جواز السلم أو باعتبار أن المسلم فيه أعطى له حكم الثمن على أنه يقدر الشئ حكما اذا كان يتصور حقيقة والمسلم فيه يتصور وجوده حقيقة فيمكن تقديره حكما والمنافع التي تحدث في المدة لا يتصور وجودها جملة حقيقة فلا يتصور حكما وكذا الحي يتصور فيه الموت والميت يتصور فيه الحياة * ثم للشافعي رحمه الله مسائل على هذا الاصل * منها أن الاجرة تملك بنفس العقد وتستوفى للحال لانه أعطى للمنافع المعدومة حكم الموجود المملوك في صحة الاجارة فيصير بمنزلة بيع عين موجود والبيع المطلق يوجب الملك في الثمن حالا ومنها اذا آجر داره شهرين فلم يسلم شهرا وأراد التسليم في الثاني لم يجبر على التسلم كما اذا اشترى شيئين صفقة واحدة ولم يسلمهما حتى هلك أحدهما فان المشترى يتخير في قبض الباقي ومنها اذا مات أحد المتعاقدين لم يبطل وورثت المنافع وكذلك الموصى له بسكنى الدار اذا مات ورثت عنه السكنى لانها صارت للموصى له ومنها أن المولى اذا آجر عبده سنة ثم أعتقه بقي العقد لان منافعه صارت في حكم المملوكة للمستأجر والخارجة عن حكم المولى والعبد فلا تصير له بالعتق وكذا الوصي اذا آجر اليتيم سنة ثم بلغ اليتيم لم يملك نقضه كما لو كان باع ماله (قوله ولا تصح حتى تكون المنافع معلومة والاجرة معلومة لما روينا) وهو قوله عليه السلام من استأجر أجيرا فليعلمه أجره وهذا الحديث بعبارته دل على اشتراط اعلام الاجرة وبدلالته على اشتراط اعلام المنافع وهذا لان المنافع هو المعقود

فهذا

فان الملك في المبيع يثبت في الحال و يتأخر الاستحقاق الى نقد الثمن وجاز أن ينفصل حكم العقد عنه كما في البيع بشرط الخيار

(ولا تصح الاجارة حتى تكون المنافع معلومة والاجرة معلومة لما روينا) من قوله صلى الله عليه وسلم من استأجر أجيرا فليعلمه أجره فانه كما يدل بعبارته على كون معلومية الاجرة شرطا يدل بدلالته على اشتراط معلومية المنافع لان المعقود عليه في الاجارة هو المنافع وهو الاصل والمعقود به وهو الاجرة كالتبع كالثمن في البيع فاذا كان معلومية التبع شرطا كانت معلومية الاصل أولى بذلك (ولان الجهالة في المعقود عليه وبدله تفضي الى المنازعة كجهالة الثمن والمثمن في البيع) وهو واضح وما صلح أن يكون ثمنا في البيع صلح أن يكون أجرة لان الاجرة ثمن المنفعة فتعتبر بثمن البيع وليس كل ما لا يصلح ثمنا لا يصلح أجرة لان بعض ما لا يصلح ثمنا

المنفعة يتحقق الانعقاد فاى معنى للانعقاد ساعة فساعة بعد ذلك قال المصنف (وما جاز أن يكون ثمنا في البيع جاز أن يكون أجرة في الاجارة) أقول قال في المحيط البرهاني الاصل فيه أن ما يصلح أن يكون ثمنا في البياعات يصلح أن يكون أجرة في الاجارات وما لا يصلح أن يكون ثمنا في البياعات لا يصلح ان يكون أجرة في الاجارات الا المنفعة فانها تصلح أن تكون أجرة اذا اختلف الجنس ولا تصلح ثمنا اه وهذه العبارة أحسن من عبارة المصنف

كالاعيان التى هى ليست من ذوات الامثال كالحيوان والثياب مثلا اذا كانت معينة صلح أن يكون أجرة كما اذا استأجر دارا بثوب معين وان كان لا يصلح ثمنا وفيه نظر فان المقايضة بيع وليس فيها الا العين من الجانبين فلو لم تصلح العين ثمنا كانت بيعا بلا ثمن وهو باطل و يمكن أن يجاب عنه بان النظر على المثال ليس من دأب المناظرين فاذا كان الاصل صحيحا جاز أن يمثل بمثال آخر فليمثل بالمنفعة فانها تصلح أجرة اذا اختلف جنس المنافع كما اذا استأجر سكنى دار بركوب دابة ولا تصلح ثمنا أصلا (قوله فهذا اللفظ) يريد به قوله وما جاز أن يكون ثمنا فى البيع الخ (لا ينفى صلاحية غيره) كما ذكرنا (لانه عوض مالى) فيعتمد وجود المال والاعيان والمنافع أموال فجاز أن تقع أجرة ولقائل أن يقول الثمن عوض مالى الخ و يمكن أن يجاب عنه بان الثمن مشروط بكونه مما يجب فى الذمة فيختص بذلك كالنقود والمقدرات الموصوفة التى تجب فى الذمة بخلاف الاجرة قال (والمنافع تارة تصير معلومة بالمدة الخ) قد تقدم أن المنفعة لا بد وأن تكون معلومة فى الاجارة فلابد من بيان ما تكون به معلومة فتارة تصير معلومة بالمدة كاستئجار الدور للسكنى والاراضى للزراعة مدة معلومة وكائنة ما كانت لان المدة اذا كانت معلومة كان مقدار المنفعة فيها معلوما فتصح اذا كانت غير متفاوتة بان سمى ما يزرع فيها فان ما يزرع فيها متفاوت فاذا لم يعين أفضى الى النزاع المفسد للعقد ولا فرق بين طويل المدة وقصيرها عندنا

فهذا اللفظ لا ينفى صلاحية غيره لانه عوض مالى (والمنافع تارة تصير معلومة بالمدة كاستئجار الدور للسكنى والارضين للزراعة فيصح العقد على مدة معلومة أى مدة كانت) لان المدة اذا كانت معلومة كان قدر المنفعة فيها معلوما اذا كانت المنفعة لا تتفاوت وقوله أى مدة كانت اشارة الى أنه يجوز طالت المدة أو قصرت لكونها معلومة ولتحقق الحاجة اليها عسى

كالاعيان) أى كالاعيان التى ليست من ذوات الامثال كالحيوان والثياب مثلا فانها اذا كانت معينة صلح أن يكون أجرة كما اذا استأجر دارا بثوب معين وان كان لا يصلح ثمنا لما تقرر فى البيوع أن الاموال ثلاثة ثمن محض كالدراهم ومبيع محض كالاعيان التى ليست من ذوات الامثال وما كان بينهما كالمكيلات والموزونات كذا فى الشروح قال صاحب العناية وفيه نظر فان المقايضة بيع وليس فيها الا العين من الجانبين فلو لم تصلح العين ثمنا كانت بيعا بلا ثمن وهو باطل و يمكن أن يجاب عنه بان النظر على المثال ليس من دأب المناظرين فاذا كان الاصل صحيحا جاز أن يمثل بمثال آخر فليمثل بالمنفعة فانها تصلح أجرة اذا اختلف جنس المنافع كما اذا استأجر سكنى دار بركوب دابة ولا تصلح ثمنا أصلا الى هنا كلامه (أقول) لا النظر شئ ولا الجواب أما النظر فلان مراد المصنف بالثمن ههنا ما يجب فى الذمة وعن هذا ترى صاحب الكافى وكثيرا من الشراح يقولون بعد قولهم لان الاجرة عوض مالى فيعتمد وجود المال وأما الثمن فهو ما يجب فى الذمة فيختص بما يثبت فى الذمة ولقد أفصح عنه صاحب العناية نفسه أيضا فيما بعد حيث قال ان الثمن مشروط بكونه مما يجب فى الذمة فيختص بذلك بخلاف الاجرة ولا شك فى عدم صلاحية الاعيان التى ليست من ذوات الامثال لان تكون ثمنا بهذا المعنى ولا فى عدم بطلان أن تكون المقايضة بيعا بلا ثمن بهذا المعنى ألا يرى أن الشارح المذكور نفسه قال فى أول كتاب البيوع وأنواع البيع أربعة بيع السلعة بمثلها و يسمى مقايضة و بيعها بالدين أعنى الثمن و بيع الثمن بالثمن كبيع النقدين و يسمى الصرف وبيع الدين بالعين و يسمى سلما انتهى حيث جعل الدين مقابلا للعين وفسر الدين بالثمن و جعل أحد أنواع البيع وهو المسمى بالمقايضة ما لا ثمن فيه أصلا نعم للثمن معنى آخر وهو ما يكون عوضا عن المبيع نص عليه فى المغرب وغيره وذلك المعنى يعم الدين والعين وهو الذى لا يتحقق البيع بدونه و يبطل كون المقايضة بيعا بلا ثمن بذلك المعنى ولكنه ليس بمراد المصنف بالثمن فى قوله وما لا يصلح ثمنا يصلح أجرة أيضا كالاعيان فلا يرد النظر المزبور عليه جدا وأما الجواب فلانه من ضيق العطن اذ فيه اعتراف ببطلان المثال الذى ذكره المصنف وحاشاه * ثم أقول بقى ههنا شئ وهو ان لقائل أن يقول لا شك ان مراد المصنف بالثمن فى قوله وما لا يصلح ثمنا يصلح أجرة أيضا هو ما يجب فى الذمة وان تمثيله ما لا يصلح ثمنا بقوله كالاعيان صحيح على هذا المعنى المراد الا أنه لم يحمل الثمن الواقع فى لفظ القدورى وهو قوله وما جاز أن يكون ثمنا فى البيع

عليه فى عقد الاجارة والاجرة معقود به وفى العقود الاصل هو المعقود عليه وأما المعقود به فيجرى مجرى التبع فلما اشترط اعلام التبع كان اشتراط اعلام المتبوع أولى فكان اشتراط اعلام المنافع ثابتا بدلالة الحديث فصح الاستدلال بهذا الحديث على ما ادعاه من اشتراط اعلام المنافع واعلام الاجرة (قوله كالاعيان) نحو العبد والثياب (قوله فهذا اللفظ لا ينفى صلاحية غيره) وهو قوله وما جاز أن يكون ثمنا فى البيع جاز أن يكون أجرة لان الاجرة عوض مال فكل ما هو مال وصلح عوضا صلح أجرة أما الثمن فما يجب فى الذمة فيختص بما يثبت فى الذمة (قوله اذا كانت المنفعة لا تتفاوت) هذا احتراز عن استئجار الارض للزراعة الى مدة معلومة حيث لا يصح

(قوله كالحيوان والثياب مثلا) أقول قال فى المحيط البرهانى فى الفصل الاول من الاجارات واذا كانت الاجرة عروضا أو ثيابا يشترط فيه جميع شرائط السلم وفى هذا كله اذا كانت الاجرة عينا فاعلامه بالاشارة واذا كانت الاجرة حيوانا لا يجوز الا اذا كانت عينا اه (قوله أو ثيابا) يعنى بالثياب ما ليس له مثل كما علم من تقرير الشارح (قوله و يمكن أن يجاب عنه بان الثمن مشروط بكونه مما يجب فى الذمة) أقول فيلزم خلو البيع عن الثمن فيما اذا بيع الدار بالدار اذ لا يجب العقار فى الذمة كما لا يخفى

الا أن في الاوقات لا تجوز الاجارة الطويلة كي لا يدعي المستأجر ملكها وهي ما زاد على ثلاث سنين هو المختار

جاز أن يكون أجرة على المعنى الذي يعم الدين والعين وهو العوض المقابل للمبيع كما حمل الزيلعي الثمن الواقع في قول صاحب الكنز وما صح ثمنا صح أجرة على ذلك المعنى الاعم مع ان ما ذكره المصنف في تعليل مسئلة القدوري بقوله لان الاجرة ثمن المنفعة فتعتبر بثمن المبيع يحتمل التعميم لصورتي الدين والعين كما ترى ويمكن أن يجاب عنه بانه لما كان المتبادر من لفظ الثمن في عرف الفقهاء هو معنى ما يجب في الذمة وكان لفظ القدوري غير موف حق المقام على تقدير حمل الثمن على المعنى الآخر العام للعين أيضا فان ما لا يجوز أن يكون ثمنا في البيع على المعنى العام للعين جاز أن يكون أجرة أيضا كالمنفعة فانها لا تصلح ثمنا في البيع أصلا وتصلح أجرة فيما اذا اختلف جنس المنافع كما صرحوا به حمل المصنف لفظ الثمن الواقع في مسئلة القدوري على ما هو المتبادر منه وقال تتميما لها تبيك المسئلة وما لا يصلح ثمنا يصلح أجرة أيضا كالاعيان كما قال الشيخ أبو نصر البغدادي في شرح مختصر القدوري وهذا الذي ذكره ليس على وجه الحد وانه لا يجوز غيره بين ذلك ان الاعيان لا تكون أثمانا وتكون أجرة وانما ذكر ذلك لانه هو الغالب الى هنا لفظه ولكن الانصاف ان المنفعة كانت حقيقا بان تذكر في تمثيل ما لا يصلح ثمنا ويصلح أجرة فان كون المنفعة مما يصلح أجرة أخفى من كون الاعيان منه وليس ذلك مما يمكن أن يستفاد من مسئلة القدوري بخلاف كون الاعيان منه فانه يمكن أن يستفاد منها بحمل الثمن على المعنى العام للعين أيضا كما عرفت آنفا (**قوله لانه عوض مالي**) أي لان الاجرة على تاويل الاجر عوض مالي فيعتمد وجود المال والاعيان مال فتصح أن تكون أجرة كذا في النهاية وغيرها وقال صاحب العناية بعد ما شرح المحل على هذا المنوال ولقائل أن يقول الثمن عوض مالي الخ ويمكن أن يجاب عنه بان الثمن مشروط بكونه مما يجب في الذمة فيختص بذلك كالنقود والمقدرات الموصوفة التي تجب في الذمة بخلاف الاجرة الى هنا كلامه (أقول) ولقائل أن يقول اذا كان الثمن مشروطا بكونه مما يجب في الذمة كانت الاجرة أيضا مشروطة بكونها ثمن المنفعة كما صرح به المصنف في تعليل مسئلة القدوري فان قيل ان المشروط بذلك ثمن المبيع لا ثمن المنفعة قلنا فلقائل أن يقول اذا كان ثمن المنفعة مخالفا لثمن المبيع في أن يكون أحدهما مشروطا بشئ دون الآخر فهل يتم القياس المستفاد من قول المصنف لان الاجرة ثمن المنفعة فتعتبر بثمن المبيع فليتامل وأورد بعض الفضلاء على الجواب الذي ذكره صاحب العناية بوجه آخر حيث قال فيلزم خلو البيع عن الثمن فيما اذا بيع الدار بالدار اذ لا يجب العقار في الذمة كما لا يخفى اهـ (أقول) ان كان مراده بهذا الكلام مجرد الزام صاحب العناية بناء على ما قاله في نظره السابق من انه لو لم تصلح العين ثمنا كانت المقايضة بيعا بلا ثمن وهو باطل فله وجه وان كان مراده به ايراد اشكال على ذلك الجواب في الحقيقة فليس بصحيح اذ اللازم من الجواب المذكور خلو البيع عن الثمن بمعنى ما يجب في الذمة فيما اذا بيع الدار بالدار لا خلوه عن الثمن بمعنى العوض المقابل للمبيع في تلك الصورة والمحذور خلوه عن الثمن بالمعنى

العقد حتى يسمى ما زرع فيها الان ما زرع فيها متفاوت على ما يجيء بيانه في الكتاب (**قوله وهي ما زاد على ثلاث سنين** ... **المختار للفتوى**) المتولي اذا آجر الموقوف فان كان الواقف شرط أن لا يؤاجر أكثر من سنة لا تجوز الزيادة على ذلك وان لم يكن شرط جاز اجارته الى ثلاث سنين أما الاجارة أكثر من ثلاث سنين تكلموا فيه قال مشايخ بلخ رحمهم الله لا تجوز وقال بعضهم يرفع الى الحاكم حتى يبطله وبه أخذ الفقيه كذا في التتمة والحيلة في أن يجوز أكثر من ثلاث سنين يرفع الى الحاكم حتى يجوزه وكان الصدر الشهيد رحمه الله يفتي بالجواز في ثلاث سنين في الضياع الا اذا كانت المصلحة في عدم الجواز وفي غير الضياع كان يفتي بعدم الجواز فيما زاد على سنة واحدة الا اذا كانت المصلحة في الجواز وفي شرح حيل الخصاف الحيلة لجواز الاجارة الطويلة على الاوقاف ان يعقد عقودا متفرقة على الاوقاف كل عقد على سنة فيكتب استأجر فلان بن فلان كذا بثلاثين عقدا كل عقد على سنة فيكون العقد الاول لازما والثاني غير لازم لانه مضاف كذا في الذخيرة

اذا كانت بحيث يعيش اليها العاقدان لان الحاجة التي جوزت الاجارة لها قد تمس الى ذلك وهي مدة معلومة يعلم بها مقدار المنفعة فكانت صحيحة كالاجل في البيع وأما اذا كانت بحيث لا يعيش اليها أحد المتعاقدين فمنعه بعضهم لان الظن في ذلك عدم البقاء الى تلك المدة والظن مثل التيقن في حق الاحكام فصارت الاجارة مؤبدة معنى والتأبيد يبطلها وجوزه آخرون منهم الخصاف لان العبرة في هذا الباب بصيغة كلام المتعاقدين وأنه يقتضي التوقيت ولا معتبر بموت المتعاقدين أو أحدهما قبل انتهاء المدة لانه قد يتحقق في مدة يعيش اليها الانسان غالبا ولم يعتبر كما اذا تزوج امرأة الى مائة سنة فانه متعة ولم يجعل بمنزلة التأبيد ليصح النكاح وان كان لا يعيش الى هذه المدة غالبا وجعل ذلك نكاحا موقتا اعتبارا للصيغة (قوله الا أن في الاوقاف) يجوز أن يكون استثناء من قوله

قال (وتارة تصير معلومة بنفسه كمن استأجر رجلا على صبغ ثوبه أو خياطته أو استأجر دابة ليحمل عليها مقدارا معلوما أو يركبها مسافة سماها) لانه اذا بين الثوب ولون الصبغ وقدره وجنس الخياطة والقدر المحمول وجنسه والمسافة صارت المنفعة معلومة فيصح العقد وربما يقال الاجارة قد تكون عقدا على العمل كاستئجار القصار والخياط ولا بد أن يكون العمل معلوما وذلك فى الاجير المشترك وقد تكون عقدا على المنفعة كما فى أجير الوحد ولا بد من بيان الوقت قال (وتارة تصير المنفعة معلومة بالتعيين والاشارة كمن استأجر رجلا لينقل له هذا الطعام الى موضع معلوم) لانه اذا أراه ما ينقله والموضع الذى يحمل اليه كانت المنفعة معلومة

الثانى دون المعنى الاول كما بيناه من قبل (قوله وتارة تصير معلومة بنفسه) أى بنفس عقد الاجارة كذا ذكر الشراح قاطبة ولم ينقل عامتهم نسخة أخرى وأما صاحب غاية البيان فقال بعد ذكر ذلك وفى بعض نسخ المختصر وتارة تصير معلومة بالتسمية (أقول) لعل الصواب هذه النسخة لان المنافع لا تصير معلومة فى هذا النوع بنفس العقد فقط بل انما تصير معلومة بتسمية أمور كبيان الثوب وألوان الصبغ وقدره فى استئجار رجل على صبغ ثوب وبيان الثوب وجنس الخياطة فى استئجار رجل على خياطة ثوب وبيان القدر المحمول وجنسه والمسافة فى استئجار رجل دابة للحمل أو الركوب على ما أشار المصنف الى ذلك كله حيث قال لانه اذا بين الثوب وألوان الصبغ وقدره وجنس الخياطة والقدر المحمول وجنسه والمسافة صارت المنفعة معلومة فصح العقد فكما أن المنافع لا تصير معلومة فى النوع السابق والنوع اللاحق بنفس العقد فقط بل انما تصير معلومة فى النوع السابق ببيان المدة وفى النوع اللاحق بالتعيين والاشارة كذلك لا تصير معلومة فى هذا النوع بنفس العقد فقط بل انما تصير معلومة فيه بتسمية ما لا بد منه من الامور اللازمة البيان كما أشير الى بعضها فى الامثلة المذكورة فلم يكن لنسبة صيرورة المنافع معلومة فى هذا النوع الى نفس العقد وجه ظاهر وعن هذا لا ترى عبارة بنفسه مذكورة فى شئ من الكتب المعتبرة سوى نسخة هذا الكتاب على ما ذكره الشراح وانما المذكور فى سائر الكتب موضع بنفسه بالتسمية كما وقع فى الكنز والمختار أو بذكر العمل كما وقع فى الوقاية وبعض المتون (قوله وربما يقال الاجارة قد تكون عقدا على العمل الى قوله ولا بد من بيان الوقت) أقول فى هذا التقسيم نوع اشكال اذ قد مر فى صدر الكتاب أن الاجارة عقد على المنافع بعوض فكيف يصح تقسيمها الى العقد على العمل والى العقد على المنفعة وهذا يلزم منه تقسيم الشئ الى نفسه والى غيره اللهم الا أن تحمل عبارة التقسيم على المسامحة فيكون المراد الاجارة قد تكون عقدا على منفعة العمل وقد تكون عقدا على منفعة الاعيان لكنه غير مفهوم من نفس اللفظ كما لا يخفى * ثم أقول كان حقا على المصنف أن يؤخر بيان هذا التقسيم الذى ذكره بعض المشايخ كصاحب الاسرار وغيره عن ذكر القسم الثالث من التقسيم المذكور فى نفس الكتاب وقد وسطه فى البين كما ترى وكان صاحب الكافى تنبه لسماجة هذا التحرير حيث أخر بيان هذا التقسيم المثنى عن تمام ذكر أقسام ذلك التقسيم المثلث واعترض صاحب الغاية على قول المصنف كما فى أجير الوحد حيث قال ولنا فيه نظر لان اجارة أجير الوحد أيضا عقد على العمل ولكن يشترط فيها بيان المدة ولهذا جعله صاحب التحفة أحد نوعى الاستئجار على الاعمال كما ذكرناه آنفا فلو قال صاحب الهداية وقد تكون عقدا على المنفعة كاستئجار الدور والحوانيت ونحوها كان أولى اه كلامه (أقول) ليس هذا بشئ لان اجارة أجير الوحد ليست بعقد على العمل ولهذا يستحق أجير الوحد الاجرة بتسليم نفسه فى المدة وان لم يعمل كما صرحوا به قاطبة كما سيأتى فى الكتاب ولو كان عقدا على العمل لما استحقها بدون العمل بل انما هى عقد على منافع نفسه مطلقا ولهذا لا يتمكن من ايجاب منافعه لغيره وتعيين العمل فى بعض الصور كرعى الغنم ونحوه لصرف المنفعة المستحقة الى تلك الجهة وسيظهر هذا كله فى باب ضمان الاجير وجعل صاحب التحفة ذلك أحد نوعى الاستئجار على الاعمال لا يكون حجة على المصنف ولو مثل المصنف ما يكون عقدا على المنفعة

(قوله وتارة تصير معلومة بنفسه) أى بنفس العقد (قوله كما فى أجير الوحد) وفى بعض النسخ الاجير الوحد

أى مدة كانت وانما لا تجوز فى الاوقاف الاجارة الى مدة طويلة وهى ما زادت على ثلاث سنين هو المختار كى لا يدعى المستأجر ملكها هذا اذا لم يشترط الواقف أن لا يؤاجر أكثر من سنة وأما اذا شرط فليس للمتولى أن يزيد على ذلك فان كانت مصلحة الوقف تقتضى ذلك رفع الى الحاكم حتى يحكم بجوازها (وتارة تصير معلومة بنفسه) أى بنفس عقد الاجارة كما اذا استأجر رجلا على صبغ ثوبه وبين الثوب ولون الصبغ وقدره أو استأجر خياطا على خياطة ثوبه وبين الثوب وجنس الخياطة أو استأجر دابة للحمل أو الركوب وبين جنس المحمول وقدره والمسافة وتارة تصير معلومة بالتعيين والاشارة كما ذكر فى الكتاب

(باب الاجرة متى يستحق) لما كانت الاجارة تخالف غيرها في تخلف الملك عن العقد بلا خيار شرط وجب افرادها بباب على حدة لبيان وقت التملك وما يتعلق به من المسائل قال (الاجرة لاتجب بالعقد الخ) قال صاحب النهاية الاجرة لاتجب بالعقد معناه لايجب تسليمها وأداؤها بمجرد العقد وليس بواضح لان نفي وجوب التسليم لايستلزم نفي التملك كالمبيع فانه يملكه المشترى بمجرد العقد ولايجب تسليمه مالم يقبض الثمن والصواب أن يقال معناه لاتملك لان محمدا ذكر في الجامع أن الاجرة لاتملك ومالا يملك لايجب ايفاؤه فان قلت فاذا لم يستلزم نفي الوجوب نفي التملك كان أعم منه وارادة الاخص ليس بمجاز شائع لعدم دلالة الاعم عليه أصلا قلت أخرج الكلام مخرج الغالب وهو أن تكون الاجرة مما يثبت في الذمة ونفي الوجوب فيها وهو يستلزم نفي التملك لامحالة وعلى هذا كان قوله يستحق بمعنى يملك يدل على هذا كله

فيصح العقد

(باب الاجرة متى يستحق)

قال (الاجرة لاتجب بالعقد وتستحق باحد معان ثلاثة اما بشرط التعجيل أو بالتعجيل من غير شرط أو باستيفاء المعقود عليه)

باستئجار الدور ونحوها دون أجير الوحد لغات التنبيه على ان اجارة أجير الوحد من هذا القسم وهو مقصود لخفاء ذلك على البعض فتنبه والله أعلم

(باب الاجرة متى يستحق)

قال صاحب النهاية لما ذكر أن صحة الاجارة موقوفة على أن تكون الاجرة معلومة احتاج الى بيان وقت وجوبها فذكره وما يتعلق به من المسائل في هذا الباب اه كلامه واقتفى أثره في هذا التوجيه جماعة من الشراح (أقول) لايخفى على ذي فطرة سليمة ركاكة هذا التوجيه وسخافته اذ لايستدعي ذكر مجرد أن صحة الاجارة موقوفة على كون الاجرة معلومة بيان وجوبها فضلا عن الاحتياج الى بيان وقت وجوبها في باب على حدة ألا يرى ان معلومية البدلين شرط في كثير من العقود ولم يحتج في شئ منها الى بيان وقت الوجوب في باب على حدة وقال صاحب العناية لما كانت الاجارة تخالف غيرها في تخلف الملك عن العقد بلا خيار شرط وجب افرادها بباب على حدة لبيان وقت التملك وما يتعلق به من المسائل اه كلامه (أقول) فيه شئ وهو ان تخلف الملك عن العقد يوجد في غيرها أيضا كالهبة فان الملك لايثبت هناك أيضا بنفس العقد بل يتوقف على القبض كما مر وكالوصية فان الملك هناك أيضا يتأخر الى وقت الموت فلا يتم القول بان الاجارة تخالف غيرها في تخلف الملك عن العقد بلا خيار شرط * ثم أقول الاظهر أن يقال لما كان وقت استحقاق الاجرة مما وقع فيه الاختلاف بين أئمة الشرع وكان يتعلق به كثير من المسائل حسن افراد باب لبيان استحقاق الاجرة وما يتعلق به من المسائل (قوله الاجرة لاتجب بالعقد) قال تاج الشريعة أراد وجوب الاداء أما نفس الوجوب فيثبت بنفس العقد وقال صاحب الكفاية المراد نفس الوجوب لا وجوب الاداء وبيان ذلك اجمالا وتفصيلا أما اجمالا فلان الاجرة لو كانت عبدا فأعتقه المؤجر قبل وجود أحد معان ثلاثة لايعتق فلو كان نفس

والاصح هو الاول في المغرب أجير الوحد على الاضافة بخلاف الاجير المشترك من الواحد بمعنى الوحيد ومعناه أجير المستأجر الواحد وفي معناه الاجير الخاص ولو حرك الحاء يصح لانه يقال رجل وحد أي منفرد والله أعلم بالصواب

(باب الاجرة متى يستحق)

(قوله الاجرة لاتجب بالعقد) المراد نفس الوجوب لا وجوب الاداء وبيان ذلك اجمالا وتفصيلا أما اجمالا فان الاجرة لو كان عبدا فاعتقه المؤاجر قبل وجود أحد معان ثلاثة لايعتق فلو كان نفس الوجوب ثابتا لصح اعتاقه كما في البيع وأما تفصيلا فانه عقد معاوضة فيعتبر فيه المساواة ولم يوجد في جانب المعقود عليه لانفس الوجوب ولا وجوب الاداء فكذلك في جانب العوض فان قيل لو لم يكن نفس الوجوب ثابتا لما صح التعجيل

(باب الاجرة متى يستحق) (قوله وجب افرادها) أقول أي افراد المخالفة قال المصنف (الاجرة لاتجب بنفس العقد الخ) أقول قال في الوقاية ولاتجب الاجرة بالعقد بل بتعجيلها انتهى قال صدر الشريعة في شرحه فان المستأجر اذا عجل الاجرة فالمعجل هو الاجرة الواجبة بمعنى أن لايكون له حق الاسترداد انتهى وفي الفصل الثاني من اجارات المحيط البرهاني يجب أن يعلم أن الاجرة لاتملك بنفس العقد ولايجب ايفاؤها الا بعد استيفاء المنفعة اذا لم يشترط التعجيل في الاجرة سواء كانت الاجرة عينا أو دينا هكذا ذكر محمد في الجامع وفي كتاب التحري وذكر في الاجارات أن الاجرة اذا كانت عينا لاتملك بنفس العقد واذا كانت دينا تملك بنفس العقد فتكون بمنزلة الدين المؤجل عامة المشايخ على أن الصحيح ماذكر في الجامع وكتاب   الوجوب

التحري وبعضهم قالوا ماذكر في الاجارات قول محمد أولا وماذكر في الجامع والتحري قوله آخرا انتهى (قوله فان قلت فاذا لم يستلزم نفي الوجوب نفي التملك كان أعم منه) أقول الظاهر ان مراده العموم من وجه لوجود نفي التملك بدون وجوب التسليم في العين المستأجرة بلا شرط التعجيل فانها واجبة التسليم ولاتملك كما لايخفى (قوله ليس بمجاز شائع) أقول الشيوع لايهمنا قوله لعدم دلالة الاعم عليه أصلا) أقول ان أراد أنه لايدل عليه بنفسه فسلم ولايفيد وان أراد أنه لايدل بقرينة فممنوع وان شئت فراجع كتب علم البيان خصوصا المفتاح وشروحه (قوله وهو يستلزم نفي التملك لامحالة) أقول ممنوع فان في صورة التعجيل يوجد الملك بلا وجوب

الوجوب ثابتا لصح اعتاقه كما في البيع وأما تفصيلا فلانه معاوضة فتعتبر المساواة ولم توجد في جانب المعقود
عليه لا نفس الوجوب ولا وجوب الاداء فكذا في جانب العوض انتهى وقال صاحب النهاية الاجرة
لا تجب بالعقد أي لا يجب تسليمها وأداؤها بمجرد العقد كذا وجدت بخط شيخي وذكر في الذخيرة ما يؤيد
هذا فقال يجب أن يعلم أن الاجرة لا تملك بنفس العقد ولا يجب ايفاؤها الا بعد استيفاء المنفعة اذا لم يشترط
التعجيل في الاجرة سواء كانت الاجرة عينا أو دينا هكذا ذكر محمد رحمه الله في الجامع وفي كتاب التحري وذكر
في الاجارات ان الاجرة اذا كانت عينا لا تملك بنفس العقد وان كانت دينا تملك بنفس العقد وتكون بمنزلة
الدين المؤجل فعامة المشايخ على أن الصحيح ما ذكره في الجامع وكتاب التحري وقال بعضهم ما ذكره في
الاجارات قول محمد أولا وما ذكره في الجامع والتحري قوله آخرا الى هنا لفظ النهاية (أقول) تأييد
ما ذكر في الذخيرة كون معنى عبارة الكتاب ما قاله صاحب النهاية ممنوع فانه قال في الذخيرة ان الاجرة
لا تملك بنفس العقد قبل أن قال ولا يجب ايفاؤها الا بعد استيفاء المنفعة اذا لم يشترط التعجيل في الاجرة فعلم منه
أن الاجرة لا تملك بنفس العقد عندنا كما لا يجب أداؤها بنفس العقد فتم بخلاف ما في الكتاب فانه لم يذكر فيه
شيء قبل أن قال الاجرة لا تجب في العقد فلو كان معناه الاجرة لا يجب تسليمها وأداؤها بمجرد العقد لم يفهم منه
أن الاجرة لا تملك بمجرد العقد اذ لا يلزم من عدم وجوب الاداء بمجرد العقد عدم تملكها بمجرده ألا ترى أن
الثمن مما يملكه البائع بمجرد عقد البيع بلا خيار ولا يجب تسليمه وأداؤه في الحال بمجرد ذلك في البياعات
المؤجلة بل يتأخر الى حلول الاجل فاذا لم يفهم منه ذلك لم يفد ما هو المذهب عندنا فلزم أن لا يتم وقال صاحب
العناية قال صاحب النهاية الاجرة لا تجب بالعقد معناه لا يجب تسليمها وأداؤها بمجرد العقد وليس بواضح لان
نفي وجوب التسليم لا يستلزم نفي التملك كالمبيع فانه يملكه المشتري بمجرد العقد ولا يجب تسليمه ما لم يقبض
الثمن والصواب أن يقال معناه لا تملك لان محمدا ذكر في الجامع أن الاجرة لا تملك وما لا يملك لم يجب ايفاؤه وقال
فان قلت فاذا لم يستلزم نفي الوجوب نفي التملك كان أعم منه وذكر الاعم وارادة الاخص ليس بمجاز شائع لعدم
دلالة الاعم على الاخص أصلا قلت أخرج الكلام مخرج الغالب وهو أن تكون الاجرة مما يثبت في الذمة
ونفي الوجوب بذا وهو يستلزم نفي التملك لا محالة انتهى كلامه (أقول) لا السؤال بشيء ولا الجواب أما
الاول فلان ذكر الاعم وارادة الاخص انما ليس بمجاز شائع اذا لم تتحقق قرينة مخصصة وأما اذا تحققت
القرينة فذلك مجاز شائع ووقوعه في كلمات القوم حتى تعريفاتهم التي يجب فيها التحرز عما يورث خفاء
المراد وفيما نحن فيه قد تحققت القرينة على ارادة الاخص وهي قوله وقال الشافعي تملك بنفس العقد كما
اعترف به الشارح المزبور حيث قال فيما بعد يدل على هذا كله قوله وقال الشافعي تملك بنفس العقد والا لم يكن
محل الخلاف متحدا وأما الثاني فلانه ان أراد بقوله ونفي الوجوب فيها أنه قصد نفي الوجوب في الذمة بدون أن
يجعله مجازا عن نفي التمليك لم يكن مطابقا لقوله والصواب أن يقال معناه لا تملك وانما ورد السؤال لذلك وان
أراد به أنه جعل نفي الوجوب مجازا عن نفي التملك لعلاقة الاستلزام لم يحتج الى قوله أخرج الكلام مخرج الغالب
وهو أن تكون الاجرة مما يثبت في الذمة لان الاجرة كلها سواء كانت عينا أو دينا مما يملك واذا كان ما يثبت
في الذمة منها هو الدين دون العين فنفي التملك بالعقد ينتظم في جميع أنواع الاجرة ولا يختص بما هو الغالب
منها وهو الدين الثابت في الذمة حتى يحتاج الى أن يقال أخرج الكلام مخرج الغالب على أن قوله وهو
يستلزم نفي التملك لا محالة ممنوع فان العين مما لا يجب في الذمة مع أنه مما يملك قطعا وقال بعضهم فان في صورة

من المستأجر والابراء من المؤاجر قلنا انما صح ذلك نظرا الى انعقاد السبب فبالنظر الى انعقاد السبب يجب
أن يكون الحكم مترتبا عليه كما في سائر العقود وانما التراخي للضرورة وبهذا يتفصى أيضا عن قول القائل
ينبغي أن لا يصح شرط التعجيل لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين وله مطالب من جهة
العباد لانا نقول لا نسلم بانه ليس بمقتضى العقد فان العقد يقتضيه كما في البيع الا أنه ترك بعارض وهو وجوب
المساواة وهو حق المستأجر فاذا أسقط حقه بالتعجيل زال المانع فصح وقال الشافعي رحمه الله يملك بنفس العقد

وقال الشافعى تملك بنفس العقد والالم يكن محل الخلاف متحدا واستدل الشافعى بقوله لان المنافع المعدومة صارت موجودة ضرورة تصحيح العقد ولهذا صحت الاجارة باجرة مؤجلة ولولم تجعل موجودة كان دينا بدين وهو حرام لامحالة واذا كانت موجودة وجب ثبوت الملك بالعقد لوجود المقتضى وانتفاء المانع فيثبت الحكم فيما يقابله من البدل فان قيل الثابت بالضرورة لايتعدى موضعها فلا يتعدى من صحة العقد الى افادة الملك فالجواب أن الضرورى اذا ثبت يستتبع لوازمه وافادة الملك من لوازم الوجود عند العقد ولنا أن العقد ينعقد شيأ فشيأ على حسب حدوث المنافع على ما بينا والعقد أى عقد الاجارة معاوضة بلا خلاف ومن قضية عقد المعاوضة المساواة فمن ضرورة التراخى فى جانب المنفعة التراخى فى البدل وهو الاجر تحقيقا للمساواة واذا استوفى المنفعة يثبت الملك فى الاجر لذلك

وقال الشافعى تملك بنفس العقد لان المنافع المعدومة صارت موجودة حكما ضرورة تصحيح العقد فيثبت الحكم فيما يقابله من البدل ولنا أن العقد ينعقد شيأ فشيأ على حسب حدوث المنافع على ما بينا والعقد معاوضة ومن قضيته المساواة فمن ضرورة التراخى فى جانب المنفعة التراخى فى البدل الآخر واذا استوفى المنفعة يثبت الملك فى الاجر لتحقق التسوية

التعجيل يوجد الملك بلا وجوب فتأمل (قوله وقال الشافعى تملك بنفس العقد لان المنافع المعدومة صارت موجودة حكما ضرورة تصحيح العقد فيثبت الحكم فيما يقابله من البدل) قال صاحب العناية فى حل هذا المحل واستدل الشافعى بقوله لان المنافع المعدومة صارت موجودة ضرورة تصحيح العقد ولهذا صحت الاجارة باجرة مؤجلة ولولم تجعل موجودة كان دينا بدين وهو حرام لامحالة واذا كانت موجودة وجب ثبوت الملك بالعقد لوجود المقتضى وانتفاء المانع فيثبت الحكم فيما يقابله من البدل انتهى وأورد عليه بعض الفضلاء حيث قال قوله لوجود المقتضى وانتفاء المانع ممنوع فان انتفاء الوجود حقيقة مانع عنه انتهى (أقول) هذا الايراد ساقط لان المنافع المعدومة اذا جعلت موجودة فى حكم الشرع يجب أن يترتب عليه ثبوت الملك بالعقد ولا يبقى لانتفاء الوجود حقيقة صلاحية للمنع عنه لان الشرع انما يجعلها موجودة لاجل أن يترتب عليه ذلك الحكم فلو كان انتفاء وجودها حقيقة مانعا عنه لزم أن يلغو جعل الشرع اياها موجودة وهذا خلف وعن هذا قالوا وللشارع ولاية جعل المعدوم حقيقة موجودا كما جعل النطفة فى الرحم ولا حياة فيها كالحى حكما فى حق الارث والعتق والوصية على ماذكر فى الكافى وعامة الشروح نعم يرد على استدلال الشافعى كلام آخر من قبل أئمتنا كما أشير اليه فى عامة المعتبرات وهو أن جعل المعدوم موجودا فى الشرع انما يكون فيما اذا دعت الضرورة اليه وفيما نحن فيه لا تدعو الضرورة اليه لامكان تصحيح العقد بطريق آخر أوضح وأوسع منه وهو اقامة العين التى هى سبب لوجود المنفعة كالدار مثلا مقام المنفعة فى حق صحة الايجاب والقبول ثم انعقاد العقد فى حق المعقود عليه على حسب حدوث المنافع واقامة السبب مقام المسبب أصل شائع فى الشرع كاقامة السفر مقام المشقة واقامة البلوغ مقام كمال العقل وهلم جرا من النظائر ثم قال صاحب العناية فان قيل الثابت بالضرورة لايتعدى موضعها فلا يتعدى من صحة العقد الى افادة الملك فالجواب أن الضرورى اذا ثبت يستتبع لوازمه وافادة الملك من لوازم الوجود عند العقد انتهى (أقول) فى الجواب بحث لانه اذا أراد أن افادة الملك فى الحال من لوازم الوجود عند العقد فهو ممنوع كيف وقد تقرر فيما مر أن حكم العقد يجوز أن ينفصل عنه كالبيع بشرط الخيار فان الملك فيه يتراخى الى وقت سقوط الخيار مع وجود المبيع عند العقد وان أراد أن افادة الملك ولو بعد زمان من لوازم ذلك فهو مسلم لكن هذا لايفيد مدعى الشافعى فان مدعاه أن الاجرة تملك فى الحال والجواب المزبور انما هو لتصحيح مدعاه فلا يتم التقريب واعترض بعض الفضلاء على الجواب المسفور بوجه آخر حيث قال ان أراد أن افادة الملك من لوازم الوجود حقيقة فمسلم ولا يفيده وان أراد أنها من لوازم الوجود ولو حكما فغير مسلم انتهى (أقول) ماذكره فى كل من شقى ترديده ليس بسديد أما الاول فلانه سلم

ويجب تسليمه عند تسليم الدار أو الدابة الى المستأجر لانها عقد معاوضة فمطلقه يوجب ملك البدل بنفسه كعقد البيع وهذا لان المنافع المعدومة صارت موجودة حكما فى انعقاد العقد اذ من شرط جواز العقد أن يكون المعقود عليه موجودا مقدور التسليم وللشارع ولاية جعل المعدوم حقيقة موجودا كما جعل النطفة فى

(قوله وقال الشافعى تملك بنفس العقد والالم يكن محل الخلاف متحدا) أقول ولك أن تقول ارتكاب المجاز فى موضع واحد أهون من ارتكابه فى ثلاثة مواضع ويحصل اتحاد محل الخلاف أيضا فان المراد بنفس العقد العقد الخالى عن المعانى الثلاثة وبتسليم العين المستأجرة الى المستأجر يجب تسليم الاجرة للمؤجر عند الشافعى فليتأمل وفى شرح الحاوى للقنوى اعلم أن الاجرة اذا كانت فى الذمة فهى كالثمن فى الذمة فى أنها ان شرط فيها التأجيل والتنجيم كانت مؤجلة أو منجمة وان شرط فيها التعجيل كانت معجلة وان أطلق ذكرها تعجلت أيضا وملك جميعها المكرى بنفس العقد واستحق استيفاءها اذا سلم العين الى المستأجر لانه عوض فى معاوضة يتعجل بشرط التعجيل فيتعجل عند الاطلاق كالثمن انتهى (قوله لوجود المقتضى وانتفاء المانع) أقول ممنوع فان انتفاء الوجود حقيقة مانع عنه (قوله وافادة الملك من لوازم الوجود عند العقد) أقول ان أراد من لوازم الوجود حقيقة فمسلم ولا يفيده وان أراد من لوازم الوجود ولو حكما فغير مسلم

وهذا

وكذا اذا شرط التعجيل أو عجل بلا شرط لان المساواة تثبت حقا له وقد أبطله واعترض بأن شرط التعجيل فاسد لانه يخالف مقتضى العقد وفيه نفع لاحد المتعاقدين وله مطالب فيفسد العقد به والجواب أنه يخالف مقتضى العقد من حيث كونه اجارة أو من حيث كونه معاوضة والاول مسلم وليس جواز اشتراط التعجيل باعتباره والثانى ممنوع فان تعجيل البدل واشتراطه لا يخالفه من حيث المعاوضة وعورض دليلنا بأن الابراء عن الاجرة والارتهان عنها والكفالة بها صحيحة بالاتفاق ولولا الملك لما صحت وأجيب بأن صحة الابراء على قول أبي حنيفة وأبي يوسف ممنوعة وجوزه محمد لان العقد سبب في جانب الاجرة اذ اللفظ صالح لاثبات الحكم به وعدم الانعقاد في جانب المنفعة لضرورة العدم ولا ضرورة في الاجرة فظهر الانعقاد في حقه ويصح الابراء لوجوده بعد السبب وكذلك الكفالة كالكفالة بما يذوب له على فلان وصحة الرهن لان موجبه ثبوت يد الاستيفاء واستيفاء الاجر قبل استيفاء المنفعة صحيح بالتعجيل أو اشتراطه فكذا الرهن به والجواب عن قوله ولو لم تجعل موجودة كان دينا بدين وهو حرام أن ذلك ليس بدين لان الدين ما يكون في الذمة والمنافع ليست كذلك على أنه أقيمت العين مقام المنفعة فلم يكن دينا بدين وهذا طريق سائغ شائع لكونه اقامة السبب مقام المسبب وأما جعل المعدوم موجودا فلم يعهد كذلك

وكذا اذا شرط التعجيل أو عجل لان المساواة تثبت حقا له وقد أبطله

كون افادة الملك من لوازم الوجود حقيقة مع أن افادة الملك في الحال كما هو مدعى الشافعي ليس من لوازم الوجود حقيقة ألا ترى أن المبيع يجب أن يكون موجودا حقيقة عند العقد مع أن البيع بشرط الخيار لا يفيد الملك في الحال كما مر وأما الثانى فلان الوجود الحكمى لا يكاد أن يخالف الوجود الحقيقى في اللوازم الشرعية والا لم تحصل فائدة في جعل الشرع الوجود الاعتبارى في حكم الوجود الحقيقى فلما سلم أولا كون افادة الملك من لوازم الوجود حقيقة لزمه تسليم كونها من لوازم الوجود حكما أيضا فالوجه الوجيه في الترديد وفي المنع والتسليم ما ذكرناه من قبل (قوله وكذا اذا شرط التعجيل أو عجل لان المساواة تثبت حقا له وقد أبطله) قال في العناية واعترض بأن شرط التعجيل فاسد لانه يخالف مقتضى العقد وفيه نفع لاحد المتعاقدين وله مطالب فيفسد العقد والجواب انه يخالف مقتضى العقد من حيث كونه اجارة أو من حيث كونه معاوضة والاول مسلم وليس جواز اشتراط التعجيل باعتباره والثانى ممنوع فان تعجيل البدل واشتراطه لا يخالفه من حيث المعاوضة انتهى (أقول) في الجواب نظر أما أولا فلان حيثية كونه اجارة هى حيثية كونه معاوضة مخصوصة فما يخالف مقتضى العقد من احدى هاتين الحيثيتين يخالف مقتضاه من الحيثية الاخرى فما معنى قوله والاول مسلم والثانى ممنوع وهل يستلزم تسليم الاول تسليم الثانى ومنع الثانى منع الاول فان قيل مراده بحيثية كونه معاوضة حيثية كونه معاوضة ما مع قطع النظر عن خصوصيته فلا يلزم اتحاد الحيثيتين قلنا فيلزم أن تكون صحة اشتراط التعجيل في عقد الاجارة باعتبار كونه معاوضة ما مع قطع النظر عن خصوصية كونه اجارة ولا يخفى أن ذلك الاعتبار لا يخطر ببال أحد من المتعاقدين عند اشتراط التعجيل على أنهما لو صرحا بأنهما لو شرطا التعجيل في عقد الاجارة من حيث انه اجارة لم يفسد العقد قطعا وأما ثانيا فلان قوله فان تعجيل البدل واشتراطه

الرحم ولا حياة فيها كالحى حكما في حق الارث والعتق والوصية وكما جعل الحى حقيقة كالميت حكما وهو المرتد اللاحق بدار الحرب وهذا كالسلم فانه بيع المعدوم حقيقة ولكن الشرط جعل العين المعدوم حقيقة

(قوله فان تعجيل البدل واشتراطه لا يخالفه) أقول فيه بحث وكيف لا يخالفه وقضيته المساواة وظاهر أن شرط التعجيل قبل ثبوت الملك في البدل الآخر يفوت المساواة نعم مطلق شرط التعجيل لا ينافيها ولكن ذلك لا يفيد فليتأمل (قوله من حيث المعاوضة) أقول كما في البيع (قوله لان العقد سبب الخ) أقول قال صاحب البدائع ولان الابراء لا يصح الا بالقبول فاذا قبل المستأجر فقد قصدا صحة تصرفهما ولا صحة الا بالملك فيثبت الملك بمقتضى التصرف تصحيحا له كما في قول الرجل لغيره أعتق عبدك عنى بألف درهم فقال أعتقت انتهى وفيه بحث فانه لا يتوقف على القبول كما مر في أواخر الهبة الا أن يراد بالقبول معنى يعم عدم الرد (قوله فظهر الانعقاد في حقه) أقول ان أراد الانعقاد في حق الحكم فليس بمنعقد في حق الحكم باجماع علمائنا وان أراد غيره فليبين على انه مخالف لما سبق في كتاب الاقرار من أن قوله أبرأتني اقرار بالمال المدعى فليتأمل (قوله ويصح الابراء لوجوده بعد السبب) أقول كالابراء عن القصاص بعد الجرح (قوله والمنافع ليست كذلك) أقول هذا مما لا يدل عليه من دليل وفي البزازية تكارى دابة مسماة بغير عينها من كوفة الى مكة ذكر في الكتاب أنه يجوز وذكر شيخ الاسلام ليس تفسيره أن يؤجر ابلا بغير عينها الى مكة فانه لا يجوز لانه مجهول بل تفسيره ضمان تقبل المكارى الحمولة وقد قال المستأجر احملنى على ابل الى مكة أو حملنى أو احمل هذه الحمولة فيكون المعقود عليه في الذمة ويفتى بالجواز للعرف انتهى وسيجىء من المصنف في آخر هذا الباب أن المستحق عمل في ذمته فراجعه الا أنه ذكر في الحواشى الجلالية دليل على أن المنفعة لا تكون دينا فانه قال ان الدين محله الذمة وهو لا يلتزم المنفعة في الذمة انتهى فتأمل فيه وقال الامام الزيلعي وانما جاز الاستئجار بالدين لان العقد لم ينعقد في حق المنفعة فلم تصر المنفعة دينا في ذمته فلا يجب بدلها أيضا وعند انعقاد العقد فيها وهو زمان حدوثها تصير هى مقبوضة فلا يكون دينا بدين أصلا انتهى فتأمل في جميع ما ذكر

لا يخالفه من حيث المعاوضة غير تام فان من قضية المعاوضة المساواة و بشرط تعجيل الاجرة قبل ثبوت الملك في المعقود عليه تفوت المساواة كما لا يخفى والاولى في الجواب ما ذكر في الكفاية وشرح تاج الشريعة وهو أن شرط التعجيل في الاجارة لا يخالفه مقتضى العقد فان عقد الاجارة يقتضي التعجيل كالبيع الا أنه سقط لمانع وهو وجوب المساواة وهو حق المستأجر فاذا أسقط حقه بالتعجيل زال المانع فصح ثم قال صاحب العناية وعورض دليلنا بأن الابراء عن الاجرة والارتهان عنها والكفالة بها صحيحة بالاتفاق ولولا الملك لما صحت وأجيب بأن صحة الابراء على قول أبي حنيفة وأبي يوسف ممنوعة وجوزه محمد لان العقد سبب في جانب الاجرة اذ اللفظ صالح لاثبات الحكم به وعدم الانعقاد في جانب المنفعة لضرورة العدم ولا ضرورة في الاجرة فظهر الانعقاد في حقه و يصح الابراء لوجوده بعد السبب وكذلك الكفالة كالكفالة بما يذوب له على فلان وصحة الرهن لان موجبه ثبوت يد الاستيفاء واستيفاء الاجر قبل استيفاء المنفعة صحيح بالتعجيل أو اشتراطه فكذا الرهن به انتهى كلامه (أقول) هذا كلام مأخوذ من النهاية الا أن التعليل المذكور لتجويز محمد رحمه الله الابراء عن الاجرة ليس بسديد لانه كما تحققت ضرورة في عدم الانعقاد في جانب المنفعة وهي كون المنافع معدومة كذلك تحققت ضرورة في عدم الانعقاد في جانب الاجرة أيضا وهي اقتضاء عقد المعاوضة المساواة وعن هذا قال المصنف والعقد معاوضة ومن قضيتها المساواة فمن ضرورة التراخي في جانب المنفعة التراخي في البدل الآخر فلا وجه لقوله ولا ضرورة في الاجرة فظهر الانعقاد في حقه على أن ذلك التعليل لا يتمشى أصلا فيما اذا كانت الاجرة منفعة أيضا من خلاف جنس المعقود عليه فانه صحيح بالاجماع على ما صرح به في عامة المعتبرات مع أن كلا من البدلين معدوم هنالك قطعا فلا فرق في الجانبين أصلا كما لا يخفى وأورد بعض الفضلاء على قوله فظهر الانعقاد وجها آخر حيث قال ان أراد الانعقاد في حق الحكم فليس بمنعقد في حق الحكم باجماع علمائنا وان أراد غيره فليبين على أنه مخالف لما سبق في كتاب الاقرار من أن قوله أبرأتني اقرار بالمال المدعى فليتأمل انتهى كلامه (أقول) قد أخذ أصل ايراده من البدائع وأنه ساقط أما بيان أخذه من البدائع فلأن صاحب البدائع ذكر لقول محمد في جواز الابراء عن الاجرة وجهين وأجاب عن الثاني بما ذكره ذلك القائل ههنا حيث قال وجه قول محمد أن الابراء لا يصح الا بالقبول فاذا قبل المستأجر فقد قصدا صحة تصرفهما ولا صحة الا بالملك فيثبت الملك بمقتضى التصرف تصحيحا له كما في قول الرجل لغيره أعتق عبدك عني على ألف درهم فقال أعتقت ولان الابراء اسقاط واسقاط الحق بعد سبب الوجوب جائز كالعفو عن القصاص بعد الجرح قبل الموت وسبب الوجوب ههنا موجود وهو العقد المنعقد والجواب أنه ان كان يعني بالانعقاد الانعقاد في حق الحكم فهو غير منعقد في حق الحكم بلا خلاف بين أصحابنا وان كان يعني به شيأ آخر فهو غير معقول الى هنا لفظ البدائع وأما بيان أنه ساقط فلانه يجوز أن يراد بالانعقاد الانعقاد في حق المتعاقدين لا في حق الحكم كما أفصح عنه صاحب المحيط حيث قال ومعنى جواز الاجارة على مذهبنا انعقاد العقد فيما بين المتعاقدين وهو الدرجة الاولى وانعقاده في حق الحكم وهو الدرجة الثانية وقال ألا ترى أن البيع بشرط الخيار ينعقد فيما بين المتعاقدين ولا يفيد الحكم في الحال ثم فسر انعقاد العقد في حق المتعاقدين وانعقاده في حق الحكم بما لا مزيد عليه ومن يطلب ذلك فليراجع محله وهو أواخر الفصل الاول من اجارات المحيط البرهاني وأما ما ذكره ذلك المورد في علاوته من حديث المخالفة لما

كالموجود حكما في حق جواز السلم كذا ههنا قلنا هذا عقد معاوضة فيقتضي تقابل البدلين في الملك والتسليم أي يثبت الملك في العوضين معا كالبيع لان من قضية المعاوضة المساواة ثم أحد البدلين وهو المنفعة لم تصر مملوكة بنفس العقد بل تراخى حكم العقد فيها الى حين وجودها فكذا الاجر وهذا لانه معدوم في نفسه والملك صفة الموجود فلا يتصف المعدوم به واذا لم يملك المعقود عليه في الحال لو ملك البدل لملك بغير عوض وذا ليس بقضية المعاوضة وجواز العقد ليس لما ذكره بل باعتبار اقامة السبب وهو العين مقام المسبب وهو المنفعة ضرورة تصحيح العقد لربط الايجاب بالقبول فيتقدر بقدرها ولا ضرورة في ملك البدل بنفس العقد بل في حق

(واذا قبض المستاجر الدار فعليه الاجر وان لم يسكنها) لان تسليم عين المنفعة لا يتصور فاقمنا تسليم المحل مقامه اذ التمكن من الانتفاع يثبت به قال (فان غصبها غاصب من يده سقطت الاجرة) لان تسليم المحل انما أقيم مقام

سبق فى كتاب الاقرار فليس بتام أيضا اذ لا مخالفة بين المقامين أصلا كما يظهر بالتامل الصادق * ثم أقول لو ترك صاحب البدائع قيد المنعقد عند تقرير الوجه الثانى من وجهى قول محمد رحمه الله بقوله وسبب الوجوب ههنا موجود وهو العقد المنعقد بان اكتفى بقوله وهو العقد لما مشى الجواب الذى ذكره بترديد المراد بالانعقاد أصلا وكفى فى اثبات قول محمد رحمه الله وكذا لو لم يتعرض صاحب النهاية والعناية لحديث الانعقاد فى جانب الاجرة دون المنفعة بان اكتفيا بان يقال ان الابراء وقع بعد وجود سبب الوجوب وهو العقد فصح كالعفو عن القصاص بعد الجرح كما اكتفى به فى بعض الشروح لما ورد عليه ما ذكرناه من تحقق الضرورة فى جانب الاجرة أيضا وكفى فى اثبات قول محمد وذلك لان العقد نفسه وهو الايجاب والقبول الصادران من المتعاقدين مضافين الى محل المنفعة وهو الدار مثلا مربوطا أحدهما بالآخر كاف فى السببية ولا حاجة الى اعتبار انعقاده فى مرتبة السببية فان الانعقاد حكم الشرع يثبت وصفا له شرعا والعلل الشرعية مغايرة للعلل العقلية فى جواز انفكاكها عن معلولاتها فجاز أن يقال العقد وجد والانعقاد تراخى الى وجود المنافع ساعة فساعة وهذا هو رأى بعض مشايخنا فى تفسير قول أئمتنا ان عقد الاجارة ينعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع كما ذكر صاحب الغاية فى صدر هذا الكتاب ونقلناه عنه هنالك نعم يجوز أن يعتبر للعقد انعقاد قبل حدوث المنافع بمعنى الانعقاد فى حق المتعاقدين دون الانعقاد فى حق الحكم كما ذكره صاحب المحيط ونقلناه عنه فيما مر آنفا لكن الاسلم فى توجيه قول محمد ههنا هو الطريقة الاخرى تامل ترشد (قوله واذا قبض المستاجر الدار فعليه الاجر وان لم يسكنها) قال فى النهاية هذه المسئلة مقيدة بقيود أحدها التمكن من الاستيفاء حتى انه اذا لم يتمكن من الاستيفاء بان منعه المالك أو الاجنبى أو سلم الدار مشغولة بمتاعه لا يجب الاجر والثانى أن تكون الاجارة صحيحة فان فى الاجارة الفاسدة يشترط لوجوب الاجرة حقيقة الاستيفاء ولا تجب بمجرد تمكن الاستيفاء فى المدة والثالث أن التمكن من المستاجر يجب أن يكون فى المكان الذى وقع العقد فى

البدل كالعقد المضاف الى وقت الحدوث فلا يثبت الملك قبله (قوله واذا قبض المستأجر الدار فعليه الاجرة وان لم يسكنها) يعنى اذا تمكن من الاستيفاء فى المدة وهذا اذا كانت الاجارة صحيحة أما فى الاجارة الفاسدة يشترط لوجوب الاجرة حقيقة الاستيفاء والتمكن من المستأجر يجب أن يكون فى المكان الذى وقع العقد فى حقه حتى اذا استاجر دابة الى الكوفة وقبضها وأمسكها ببغداد حتى مضت مدة يمكنه المسير فيها الى الكوفة

(قوله واذا قبض المستاجر الدار) لبيان أن التمكن من الاستيفاء يقوم مقام الاستيفاء لا يقال فعلى هذا كان الواجب أن يقول باحد معان أربعة وأن يقول باستيفاء المعقود عليه أو بالتمكن منه لان الاصل هو الاستيفاء والتمكن منه يقوم مقامه أحيانا او بدل أحد الاقسام لا يكون قسيما بذاته فاذا قبض المستاجر باجارة صحيحة ما استاجر ولم يمنع عن استيفاء المنفعة فى المدة فى المكان الذى وقع العقد فيه مانع ولم يستوفها وجب الاجر لان الواجب على الآجر تسليم العين التى تحدث منها المنفعة فى مدة الاجارة فى مكان العقد لا تسليم عين المنفعة لانه غير متصور فكان تسليم العين قائما مقام تسليم المنفعة فاذا سلم العين فارغة عن متاعه ولم يكن هنالك مانع منه أو من الغير أو من أجنبى سلطان أو غاصب فقد حصل التمكن وترك الاستيفاء بعد ذلك تعطيل من جهته وتقصير منه فلا يمنع وجوب الاجر واعتبر القيود فان بزوال شئ منها زوال التمكن فلا يجب الاجر فان لم يسلم العين أو سلمها مشغولة بمتاعه أو سلمها فارغة فى غير مدة الاجارة مثل أن يستاجر دابة الى الكوفة فى هذا اليوم فذهب اليها بعد مضى اليوم بالدابة ولم يركبها أو سلمها فارغة فيها فى غير مكان العقد كمن استاجر دابة فى غير بغداد الى الكوفة فسلمها المؤجر وأمسكها المستاجر ببغداد

(قوله فاذا قبض الى قوله فى المكان الذى وقع العقد فيه الخ) أقول لعل الصواب أن يقول فى مكان أضيف اليه العقد فانه اذا استاجر دابة فى غير بغداد على أن يركبها فى بغداد فسلمها فى بغداد وأمسكها فيه يستحق الاجرة بخلاف ما اذا سلمها وأمسكها فى غير بغداد الذى هو محل العقد وفى المحيط البرهانى يشترط التمكن من الاستيفاء فى المدة التى ورد عليها العقد فى المكان الذى أضيف اليه العقد فاما اذا لم يتمكن من الاستيفاء أصلا أو تمكن من الاستيفاء فى المدة فى غير المكان الذى أضيف اليه العقد أو تمكن من الاستيفاء فى المكان الذى أضيف اليه العقد خارج المدة لا يجب الاجر حتى ان من استأجر دابة يوما لاجل الركوب فحبسها المستاجر فى منزله ولم يركبها حتى مضى اليوم فان استأجرها للركوب فى المصر يجب عليه الاجر لتمكنه من الاستيفاء فى المكان الذى أضيف اليه العقد وان استأجرها للركوب بخارج المصر الى مكان معلوم لا يجب الاجر اذا حبسها فى المصر لعدم تمكنه من استيفاء المنافع فى المكان الذى أضيف اليه العقد فاذا ذهب بالدابة الى ذلك المكان فى اليوم ولم يركب يجب الاجر لتمكنه من الاستيفاء فى المكان الذى أضيف اليه العقد فى المدة وان ذهب الى ذلك المكان خارج المصر بعد مضى اليوم بالدابة ولم يركب لا يجب الاجر اهـ (قوله ولم يستوفها وجب الاجر) أقول واذا استوفاها وجب بالطريق الاولى (قوله مثل أن يستأجر دابة الى الكوفة الخ) أقول وفيه بحث فان الظاهر المطابق لسياق كلامه ان يقول او سلمها بعد مضى اليوم فذهب اليها الخ (قوله كمن استاجر دابة فى غير بغداد الى قوله بغداد الخ)

حتى مضت مدة يمكنه المسير فيها الى الكوفة أو سلمها فارغة فيها في مكانه لكن بها عرج فاحش يمنع الركوب أو سلمها فارغة فيها في مكانه صحيحة لا عذر فيها لكن منعه السلطان أو غصبه غاصب أو لم يكن شئ من ذلك أصلا لكن الاجارة كانت فاسدة فان الاجر في جميع ذلك ليس بواجب ما لم يستوف المنفعة لان التقصير حينئذ لم يكن من جهته بل لفوات التمكن من الانتفاع فان قيل كلام المصنف ساكت عن أكثر هذه القيود فما وجهه قلت وجهه الاقتصار للاختصار واعتمادا على دلالة الحال والعرف فان حال المسلم دالة على أن يباشر العقد الصحيح والفاسد منه يمنعه عن الاقدام على الانتفاع وعلى أن العاقد يجب عليه تسليم ما عقد عليه فارغا عما يمنع عن الانتفاع به والعرف فاش في تسليم المعقود عليه في مدة العقد ومكانه فكان معلوما عادة وعلى أن الاكراه والغصب مما يمنعان عن الانتفاع فاقتصر عن ذكر ذلك اعتمادا عليهما ووجود المانع في بعض المدة والمكان يسقط الاجر بقدره لوجوب الانفساخ في ذلك القدر قال (ومن استاجر دارا) ذكر هذا لبيان وقت استحقاق مطالبة الاجر والحال لا يخلو من أن يكون وقت الاستحقاق مبينا بالعقد أو لا فان كان الاول فليس له المطالبة الا اذا تحقق ما اتفقا عليه شهرا كان أو أقل أو أكثر لانه بمنزلة التاجيل اذ الاستحقاق يتحقق عند استيفاء جزء من المنفعة تحقيقا للمساواة والتاجيل يسقط استحقاق المطالبة الى انتهاء الاجل وان كان الثاني فللمؤجر أن يطالبه باجرة كل يوم لانه استوفى منفعة مقصودة وكذلك اجارة الاراضي (وان استاجر بعيرا الى مكة فللجمال أن يطالبه باجرة كل مرحلة لان سير كل مرحلة مقصود) كسكنى يوم وهذا قول أبي حنيفة آخرا (وكان يقول أولا لا يجب الاجر الا بعد انقضاء المدة وانتهاء السفر وهو قول زفر لان المعقود عليه جملة المنافع في المدة) وما هو جملة في المدة لا تكون مسلمة في بعضها لان أجزاء الاعواض منطبقة على أجزاء الزمان فلا يستحق المؤجر قبل استيفاء جملة المنفعة شيأ كما في المبيع فانه ما لم يسلم جميعه لا يستحق قبض الثمن وصار كما اذا كان المعقود عليه هو العمل فلا

تسليم المنفعة للتمكن من الانتفاع فاذا فات التمكن فات التسليم وانفسخ العقد فسقط الاجر وان وجد الغصب في بعض المدة سقط الاجر بقدره اذ الانفساخ في بعضها قال (ومن استاجر دارا فللمؤجر أن يطالبه باجرة كل يوم) لانه استوفى منفعة مقصودة (الا أن يبين وقت الاستحقاق بالعقد) لانه بمنزلة التاجيل (وكذلك اجارة الاراضي) لما بينا (ومن استاجر بعيرا الى مكة فللجمال أن يطالبه باجرة كل مرحلة) لان سير كل مرحلة مقصود وكان أبو حنيفة يقول أولا لا يجب الاجر الا بعد انقضاء المدة وانتهاء السفر وهو قول زفر لان المعقود عليه جملة المنافع في المدة

حقه حتى اذا استاجر دابة الى الكوفة فسلمها المؤجر وأمسكها المستاجر ببغداد حتى مضت مدة يمكنه المسير فيها الى الكوفة فلا أجر عليه وان ساقها معه الى الكوفة ولم يركبها وجب الاجر والرابع أن يكون متمكنا من الاستيفاء في المدة فانه لو استاجر دابة الى الكوفة في هذا اليوم وذهب اليها بعد مضي اليوم بالدابة ولم يركب لا يجب الاجر وان تمكن من الاستيفاء في المكان الذي أضيف اليه العقد لانه انما تمكن بعد مضي المدة اهـ وقال صاحب العناية بعدما بين اعتبار القيود المذكورة بتحرير آخر وان قيل كلام المصنف ساكت عن أكثر هذه القيود فما وجهه قلت وجهه الاقتصار للاختصار اعتمادا على دلالة الحال والعرف فان حال المسلم دالة على أن يباشر العقد الصحيح والفاسد منه يمنعه عن الاقدام على الانتفاع وعلى ان العاقد يجب عليه تسليم ما عقد عليه فارغا عما يمنع عن الانتفاع به والعرف فاش في تسليم المعقود عليه في مدة العقد ومكانه فكان معلوما عادة وعلى ان الاكراه والغصب مما يمنعان عن الانتفاع فاقتصر عن ذكر ذلك اعتمادا عليهما اهـ كلامه (أقول) في آخر جوابه خلل أما أولا فلان قوله وعلى ان الاكراه والغصب مما يمنعان عن الانتفاع ان كان معطوفا على قوله على أن يباشر العقد الصحيح أو على قوله وعلى ان العاقد يجب عليه تسليم ما عقد عليه فارغا حتى صار المعنى فان حال المسلم دالة أيضا على ان الاكراه والغصب مما يمنعان عن الانتفاع مع ركاكة هذا المعنى كما لا يخفى يلزم الفصل بين المعطوف والمعطوف عليه باجنبي وهو قوله والعرف فاش الخ وان كان معطوفا على قوله على دلالة الحال والعرف حتى صار المعنى اعتمادا على دلالة الحال والعرف وعلى دلالة ان الاكراه والغصب مما يمنعان عن الانتفاع يلزم أن لا يتم قوله فاقتصر عن ذكر ذلك اعتمادا عليهما اذ الظاهر أن ضمير عليهما راجع الى الحال والعرف وعلى المعنى المزبور لا تصير علة الاقتصار للاختصار هي الاعتماد على الحال والعرف فقط بل تصير علة ذلك هي الاعتماد على الحال والعرف وعلى ان الاكراه والغصب مما يمنعان عن الانتفاع وأما ثانيا فلان قوله وعلى ان الاكراه والغصب مما يمنعان عن الانتفاع يدل على ان الغصب أيضا من القيود المقتصر عن ذكرها مع أن المصنف ذكر صورة الغصب صراحة كما ترى (قوله لان المعقود عليه جملة المنافع في المدة

فلا أجر عليه وان ساقها معه الى الكوفة ولم يركبها وجبت الاجرة وقال الشافعي رحمه الله تجب الاجرة في

أقول ولو ساقها في غير بغداد الذي هو مكان العقد فامسكها ولم يذهب الى الكوفة لا يجب الاجر أيضا عليهما (قوله وعلى أن الاكراه والغصب مما يمنعان عن الانتفاع فاقتصر عن ذكر ذلك اعتمادا عليهما) أقول وفيه بحث فان صورة الغصب مذكورة في كلام المصنف (قوله اعتمادا عليهما) أقول يعني دلالة الحال ودلالة العرف (قوله فانه ما لم يسلم جميعه لا يستحق قبض الثمن) أقول فيه بحث فانه اذا بيع سلعة بثمن قيل المشتري ادفع الثمن أولا واذا بيع سلعة بسلعة أو ثمن بثمن قيل لهما سلما معا كما سبق قبيل باب خيار الشرط فهذا القول من الشارح لعله سهو

كالخياطة فان الخياط لا يستحق شيأ من الاجرة قبل الفراغ كما سيأتي فان قيل قال المصنف (فلا يتوزع الاجر على أجزائها) يعني المنافع وهو خلاف المشهور فان المشهور أن أجزاء العوض تنقسم على أجزاء المعوض وقاس المنافع على العمل وهو فاسد لان شرط القياس المماثلة بين الاصل والفرع وهو منتف لان في المنافع قد استوفى المستأجر بعضها فيلزمه العوض بقدره ولا كذلك العمل لانه لم يتسلم من الخياط شيأ فالجواب أن أجزاء العوض قد تنقسم على أجزاء المعوض وجوبا وليس الكلام فيه وانما الكلام في استحقاق القبض وفي ذلك لا يتوزع كما في المبيع والتسليم في الخياط وجد تقديرا لان عمل الخياط لما اتصل بالثوب كان ذلك تسليما تقديرا على أن المصنف لم يلتزم صحة دليل القول المرجوع عنه فانه لو كان صحيحا البتة لم يكن للرجوع عنه وجه (ووجه القول المرجوع اليه أن القياس يقتضي استحقاق

الاجر ساعة فساعة تحقيقا للمساواة) بين البدلين (الا أن المطالبة في كل ساعة تفضي الى أن لا يتفرغ لغيره فيتضرر به) بل المطالبة حينئذ تفضي الى عدمه فان المستأجر لم يتمكن من الانتفاع بما من جهة المؤجر فيمتنع الانتفاع من جهته فتمتنع المطالبة وما أفضى وجوده الى عدمه فهو منتف (فقدرنا بما ذكرنا) من اليوم في الدار والمرحلة في البعير (وليس للقصار والخياط أن يطالب باجرة حتى يفرغ من العمل) كله (لان العمل في البعض غير منتفع به فلا يستوجب به الاجر) وهذا يشير الى أنه لو كانا ثوبين ففرغ عن أحدهما جاز أن يطلب أجرته لانه منتفع به (وكذا اذا عمل في بيت المستأجر لا يستوجب الاجر قبل الفراغ لما بينا) أنه غير منتفع به

فلا يتوزع الاجر على أجزائها كما اذا كان المعقود عليه العمل ووجه القول المرجوع اليه أن القياس يقتضي استحقاق الاجر ساعة فساعة لتحقق المساواة الا أن المطالبة في كل ساعة تفضي الى أن لا يتفرغ لغيره فيتضرر به فقدرنا بما ذكرنا قال (وليس للقصار والخياط أن يطالب باجرة حتى يفرغ من العمل) لان العمل في البعض غير منتفع به فلا يستوجب به الاجر وكذا اذا عمل في بيت المستأجر لا يستوجب الاجر قبل الفراغ لما بينا

فلا يتوزع الاجر على أجزائها كما اذا كان المعقود عليه العمل) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام لان المعقود عليه جملة المنافع في المدة وما هو جملة في المدة لا تكون مسلمة في بعضها لان أجزاء الاعواض منطبقة على أجزاء الزمان فلا يستحق المؤجر قبل استيفاء جملة المنفعة شيأ كما في المبيع فانه ما لم يسلم جميعه لا يستحق قبض الثمن وصار كما اذا كان المعقود عليه هو العمل كالخياطة فان الخياط لا يستحق شيأ من الاجرة قبل الفراغ كما سيأتي اه (أقول) في قوله كما في المبيع فانه ما لم يسلم جميعه لا يستحق قبض الثمن سهو ظاهر اذ قد مر في البيوع انه اذا بيع سلعة بثمن قيل للمشتري ادفع الثمن أولا واذا بيع سلعة بسلعة أو ثمن بثمن قيل لهما سلما معا ففي الصورة الاولى يستحق قبض الثمن قبل تسليم المبيع وفي الصورتين الاخريين يستحق قبض البدلين معا وأما أن لا يستحق قبض الثمن الا بعد تسليم المبيع فمما لم يقل به أحد والصواب ههنا ما ذكره صاحب الكافي حيث قال كما في المبيع فانه لا يتوزع وجوب تسليم المبيع على تسليم الثمن بل له حق حبس جملة المبيع ما بقي شيء من الثمن اه (قوله وكذا اذا عمل في بيت المستأجر لا يستوجب الاجر قبل الفراغ لما بينا) قال صاحب النهاية هذا وقع مخالفا لعامة روايات الكتب من المبسوط ومبسوط شيخ الاسلام والذخيرة والمغني وشرح الجامع الصغير لفخر الاسلام وقاضيخان والتمرتاشي والفوائد الظهيرية فانه ذكر في المبسوط في باب

الوجهين كذا في النهاية (قوله وكذا اذا عمل في بيت المستأجر لا يستوجب الاجر قبل الفراغ لما بينا) يريد به قوله لان العمل في البعض غير منتفع به وهذا وقع مخالفا لعامة روايات الكتب من المبسوط والذخيرة والمغني وشرح الجامع الصغير لفخر الاسلام وقاضيخان والتمرتاشي والفوائد الظهيرية ففي المبسوط لو استأجر خياطا يخيط له في بيت المستأجر قميصا وخاط بعضه فسرق الثوب فله الاجر بقدر ما خاط فان كل جزء من العمل يصير مسلما الى صاحب الثوب بالفراغ ولا يتوقف التسليم في ذلك الجزء على حصول كمال المقصود وذكر الامام قاضيخان رحمه الله ولهذا لو استأجر خياطا ليخيط له في منزله كلما عمل عملا يستحق الاجرة بقدره ولكن نقل في التجريد ان الحكم قد ذكر فيه كما ذكر في الكتاب فيحتمل ان المصنف رحمه الله اتبع صاحب التجريد بالفضل الكرماني رحمه الله والله أعلم بما هو الحق عنده

والحق عكس ما ذكره كيف وهو مخالف لما أسلفه نفسه في أول هذا الباب قال في الكافي فما لم يسلم كله لا يجب تسليم شيء من الاجرة كما في البيع فانه لا يتوزع وجوب تسليم المبيع على تسليم الثمن بل له حق حبس جملة المبيع ما بقي شيء من الثمن انتهى فليتأمل (قوله ولا كذلك العمل لانه لم يتسلم من الخياط شيأ) أقول ما المانع من أن يكون المقيس عليه الصورة التي تسلم صاحب الثوب من الخياط ثوبه الذي خاط بعضه (قوله وجوبا) أقول يعني في الذمة (قوله الا أن المطالبة في كل ساعة تفضي الى أن لا يتفرغ لغيره فيتضرر به) أقول وأيضا تعيين أجر كل ساعة متعسر بل متعذر (قوله فان المستأجر لم يتمكن من الانتفاع) أقول فيه منع (قوله فقدرنا بما ذكرنا) أقول يعني قدرنا استحسانا .

قال (الا أن يشترط التعجيل) لما مر أن الشرط فيه لازم

من استأجر أجيرا يعمل له فى بيته وقالوا واستأجر خياطا يخيط له فى بيت المستأجر قميصا وخاط بعضه فسرق الثوب فله الاجر بقدر ما خاط فان كل جزء من العمل يصير مسلما الى صاحب الثوب بالفراغ منه ولا يتوقف التسليم فى ذلك الجزء على حصول كمال المقصود وذكر فى الفصل الثانى من الذخيرة وفى الاجارة التى تنعقد على العمل ويبقى له أثر فى العين لا يجب عليه أيضا الاجر الا بعد ايفاء العمل كله الا أن يكون العمل للخياط والصباغ فى بيت صاحب المال حينئذ يكون الجواب فيه كالجواب فى الجمال على قوله الآخر يجب على المؤاجر ايفاء الاجر بقدر ما استوفى من المنفعة اذا كان له حصة معلومة من الاجر كما فى الجمال وذكر الامام قاضيخان ولهذا لو استأجر خياطا ليخيط له فى منزله كلما عمل عملا يستحق الاجرة بقدره وهكذا أيضا فى غيرها ولكن نقل فى التجريد ان الحكم قد ذكر فيه كما ذكر فى الكتاب فيحتمل أن المصنف تبع صاحب التجريد أبا الفضل الكرمانى فى هذا الحكم والله سبحانه وتعالى أعلم بما هو الحق عنده الى هنا لفظ صاحب النهاية وقال صاحب العناية بعد نقل ما فى النهاية وأقول كلام صاحب الذخيرة على ما نقله يدل على ان استحقاق بعض الاجرة انما هو اذا كان له حصة معلومة وأرى ان ذلك انما يكون اذا عينا لكل جزء حصة معلومة اذ ليس للكم مثلا أو للبدن (١) أو للدوامل حصة معلومة من كل الثوب عادة فلم تكن الحصة معلومة الا بتعيينهما وحينئذ يصير كل جزء بمنزلة ثوب على حدة باجرة معلومة قد فرغ من عمله فيستوجب أجرة كما فى كل الثوب ولعل هذا معتمد المصنف اه كلامه (أقول) ليس ما قاله بشئ أما أولا فلانا لا نسلم أن ما يدل عليه كلام صاحب الذخيرة من ان استحقاق بعض الاجرة انما هو اذا كان له حصة معلومة انما يكون اذا عينا لكل جزء حصة معلومة بل يكون أيضا اذا كان له حصة معلومة عند أهل الخبرة بتوزيع أجرة الكل على كل جزء منه بدون تعيين المتعاقدين لكل جزء منه حصة معلومة بل هو مراد صاحب الذخيرة كما سيتضح بما سنذكره وقوله اذ ليس للكم أو للبدن أو للدوامل حصة معلومة من كل الثوب عادة ممنوع أيضا نعم ليس لشئ أيضا من ذلك حصة معينة فى العقد عادة وهذا لا ينافى أن يكون حصة كل منها معلومة بتوزيع أجرة الكل على الاجزاء كما لا يخفى وأما ثانيا فلانه لو كان مراد صاحب الذخيرة بما اذا كانت له حصة معلومة ما اذا عينا له حصة معلومة وصار حينئذ كل جزء بمنزلة ثوب على حدة باجرة معلومة قد فرغ من عمله فاستوجب أجره كما فى كل الثوب لزم أن لا يكون فرق بين ما اذا كان عمل الخياط أو الصباغ فى بيت نفسه وبين ما اذا كان عمله فى بيت صاحب المال فى وجوب ايفاء الاجر اذ لا كلام لاحد فى وجوب ايفاء الاجر بعد الفراغ وقد فرق صاحب الذخيرة بينهما حيث قال وفى الاجارة التى تنعقد على العمل ويبقى له أثر فى العين فانه لا يجب عليه ايفاء الاجر الا بعد ايفاء العمل كله وان كانت حصة ما استوفى معلومة الا أن يكون العمل للخياط والصباغ فى بيت صاحب المال فحينئذ يجب على المستأجر ايفاء الاجر بقدر ما استوفى من المنفعة اذا كانت له حصة معلومة من الاجر كما فى الجمال انتهى وأما ثالثا فلانه لا معنى لقوله ولعل هذا معتمد المصنف لان ما ذكره المصنف مخالف قطعا لمنطوق ما فى الذخيرة وهو وجوب ايفاء الاجر على المستأجر بقدر ما استوفى من المنفعة اذا كان العمل فى بيته وليس بمطابق أيضا لمفهوم قوله اذا كانت له حصة معلومة من الاجر

(الا أن يشترط التعجيل لما مر أن الشرط فيه لازم) قال فى النهاية هذا وقع مخالفا لعامة روايات الكتب من المبسوط ومبسوط شيخ الاسلام والذخيرة والمغنى وشرح الجامع الصغير لفخر الاسلام وقاضيخان والتمرتاشى والفوائد الظهيرية وذكر عن كل ذلك نقلا يدل على أن من استأجر خياطا ما يخيط له فى بيت المستأجر فله الاجر بقدر ما خاطه ونقل عن الذخيرة يجب على المؤجر ايفاء الاجر بقدر ما استوفى من المنفعة اذا كانت له حصة معلومة من الاجر كما فى الجمال ثم قال ولكن نقل فى التجريد أن الحكم قد ذكر فيه كما ذكر فى الكتاب فيحتمل أن المصنف تبع صاحب التجريد أبا الفضل الكرمانى فى هذا الحكم وأقول كلام صاحب الذخيرة على ما نقله يدل على أن استحقاق بعض الاجرة انما هو اذا كان له حصة معلومة وأرى أن ذلك انما يكون اذا عينا لكل جزء حصة معلومة اذ ليس للكم مثلا أو للبدن أو للذوائل حصة معلومة من كل الثوب عادة فلم تكن الحصة معلومة الا بتعيينهما وحينئذ يصير كل جزء بمنزلة ثوب على حدة باجرة معلومة من كل الثوب قد فرغ من عمله فيستوجب أجرة كما فى كل الثوب ولعل هذا معتمد المصنف رحمه الله

(قوله قال فى النهاية هذا وقع مخالفا لعامة روايات الكتب الى قوله ولكن نقل من التجريد الخ) أقول ورواية تحفة الفقهاء توافق ما ذكره المصنف أيضا حيث قال وعلى هذا الخياط يخيط له فى منزله قميصا فان خاط بعضه لم يكن له أجر لان هذا العمل لا ينتفع ببعضه فاذا فرغ منه ثم هلك فله الاجر لانه صار مسلما للعمل عنده انتهى (قوله وأرى أن ذلك انما يكون اذا عينا الخ) أقول فيه بحث (قوله وحينئذ يصير كل جزء بمنزلة ثوب على حدة الخ) أقول ووجه الفرق على هذا بين ذلك وبين ما اذا خاطه فى غير بيت المستأجر انه اذا خاط فى بيته يوجد التسليم اذا فرغ من عمل ذلك البعض فيستوجب الاجر بخلاف ما اذا خاط فى غيره وفيه بحث فان استيجاب الاجر بالفراغ لا بالتسليم وجوابه ظاهر فانه لو هلك قبل التسليم لا يستوجب أجرا قال

(١) قوله أو للدوامل هكذا فى نسخ التكملة بالدال المهملة والميم وفى العناية الذوائل بالذال المعجمة والهمز فليحرر اه مصححه

قال (ومن استأجر خبازا ليخبز له في بيته قفيزا من دقيق بدرهم لم يستحق الاجر حتى يخرج الخبز من التنور لان تمام العمل بالاخراج فلو احترق أو سقط من يده قبل الاخراج فلا أجر له للهلاك قبل التسليم

وهو أن لا يجب عليه أجر أصلا اذا لم يكن لما استوفى من المنفعة حصة معلومة من الاجر لان مدلول كلام المصنف أن لا يجب عليه الاجر مطلقا أي سواء كانت له حصة معلومة من الاجر أولا فانه قال وكذا اذا عمل في بيت المستأجر لا يستوجب الاجر قبل الفراغ وكان فيما اذا عمل في غير بيت المستأجر لا يجب الاجر مطلقا قبل الفراغ بلا خلاف فدل قوله وكذا اذا عمل في بيت المستأجر لا يستوجب الاجر قبل الفراغ بلا خلاف على أن لا يجب عليه الاجر مطلقا قبل الفراغ فيما اذا عمل في بيته أيضا ولانه قال لما بينا ومراده به على ما صرح به الشراح قاطبة هو قوله لان العمل في البعض غير منتفع به ولا شك أن ذلك يقتضي أن لا يستوجب الاجر قبل الفراغ مطلقا فاني يصلح ما في الذخيرة لان يكون معتمد المصنف في كلامه المذكور ولعمري ان جملة ما ذكره صاحب العناية ههنا موهوم محض فكيف ينبغي أن يصار الى مثله في توجيه كلام المصنف وهو علم التحقيق وعالم التدقيق ثم ان بعض الفضلاء كأنه قصد دفع الوجه الثاني من الوجوه الثلاثة التي ذكرناها آنفا لاختلال رأى الشارح المزبور ههنا حيث قال في حاشيته على قول ذلك الشارح وحينئذ يصير كل جزء بمنزلة ثوب على حدة الخ وجه الفرق على هذا بين ذلك و بين ما اذا خاط في غير بيت المستأجر أنه اذا خاط في بيته يوجد التسليم اذا فرغ من عمل ذلك البعض فيستوجب الاجر بخلاف ما اذا خاط في غيره وقال فيه بحث فان استيجاب الاجر بالفراغ لا بالتسليم ثم قال وجوابه ظاهر فانه لو هلك قبل التسليم لا يستوجب أجرا اه كلامه (أقول) جوابه عن بحثه ليس بتام اذ لا شك أن استيجاب الاجر يتحقق بالفراغ ولهذا لو حبس الخياط أو الصباغ الثوب بعد الفراغ من العمل وقال لا أعطيكه حتى تعطيني الاجر فله ذلك عند أئمتنا الثلاثة كما أن للبائع أن يحبس المبيع لقبض الثمن صرح بذلك في الذخيرة وعامة المعتبرات وسيأتي في الكتاب الا أنه لو هلك المتاع قبل تسليم الخياط أو الصباغ اياه الى صاحبه ولو بعد الفراغ من العمل سقط الاجر كما انه لو هلك المبيع قبل تسليم البائع اياه الى المشتري سقط الثمن فكان ابتداء تحقق استيجاب الاجر في استئجار نحو القصار والخياط بالفراغ من العمل وان كان بقاؤه وتقرره بتسليم المتاع الى صاحبه كما أن ابتداء تحقق استحقاق الثمن في المبيع بتمام العقد وان كان بقاؤه وتقرره بتسليم المبيع الى المشتري والكلام ههنا في ابتداء تحقق استيجاب الاجر ولهذا قال في الكتاب وليس للقصار والخياط أن يطالب بالاجرة حتى يفرغ من العمل ولم يقل حتى يسلم المتاع الى صاحبه فلا بد في اندفاع الوجه الثاني من الوجوه التي أوردناها على رأي صاحب العناية من ثبوت الفرق بين ما اذا عمل في بيت المستأجر و بين ما اذا عمل في غير بيته من جهة تحقق الفراغ من العمل وعدم تحققه وليس فليس فتأمل ترشد (قوله ومن استأجر خبازا ليخبز له في بيته قفيزا من دقيق بدرهم لم يستحق الاجر حتى يخرج الخبز من التنور) قال في

(قوله ومن استأجر خبازا ليخبز له في بيته) أي في بيت المستأجر فان أخرجه ثم احترق من غير فعله فله الاجر ولا ضمان عليه قيل هذا قول الكل اما عند أبي حنيفة رحمه الله فلانه لم يهلك بصنعه واما عندهما فلانه هلك بعد التسليم وذكر القدوري في شرحه ان على قولهما يجب الضمان لانه أجير مشترك والعين في يده امانة عنده مضمونة عندهما فلا يبرأ الا بعد حقيقة التسليم وهو اختيار صاحب الهداية كالغاصب لا يبرأ عن الضمان الا بالتسليم دون الوضع في بيته وقال القدوري رحمه الله لا ضمان عليه في الحطب والملح عندهما لان ذلك صار مستهلكا قبل وجوب الضمان عليه وحال ما وجب الضمان لا قيمة له كذا في الذخيرة (قوله

قال (ومن استأجر خبازا ليخبز له) ذكر هذا البيان حكمين أحدهما أن الاجير المشترك لا يستحق الاجر حتى يفرغ من عمله وقد علم ذلك من مسئلة الخياط آنفا والثاني أن فراغ العمل بماذا يكون فاذا استأجر خبازا ليخبز له في بيته قفيز دقيق بدرهم لم يستحق الاجر حتى يخرج الخبز من التنور لان استحقاق الاجر بتمام العمل وتمام العمل بالاخراج (فلو احترق أو سقط من يده قبل الاخراج لا أجر له للهلاك قبل التسليم) فان قيل خبزه في بيته يمنع أن يخبز لغيره ومن عمل لواحد فهو أجير وحد واستحقاقه الاجر لا يتوقف على الفراغ من العمل أجيب بان أجير الوحد من وقع العقد في حقه على المدة كمن استؤجر شهرا للخدمة وما نحن فيه مستأجر على العمل فكان أجيرا مشتركا توقف استحقاقه على فراغ العمل

قال المصنف (ومن استأجر خبازا ليخبز له في بيته الخ) أقول في مبسوط السرخسي وكذلك الرجل يستأجر الخباز ليخبز له في بيته دقيقا معلوما بأجر معلوم فخبزه ثم سرق فله الاجر تاما وان سرق قبل أن يفرغ فله من الاجر بحساب ما عمل وان كان يخبز في بيت الخباز لم يكن له من الاجر شئ ولا ضمان عليه فيما سرق في قول أبي حنيفة لانه أجير مشترك فلا يضمن ما هلك في يده بغير فعله انتهى ففيه مخالفة لما ذكره المصنف فتنبه لها وتأمل في دفعها فانه يجوز أن يكون المراد من قوله قبل أن يفرغ ما اذا خبز بعض الدقيق كنصفه مثلا تاما ولم يخبز البعض الآخر (قوله أحدهما أن الاجير المشترك لا يستحق الاجرة الخ) أقول الحمال أجير مشترك و يستحق الاجرة قبل الفراغ من عمله الا أن يجعل قطع كل مرحلة عملا على حدة (قوله وما نحن فيه مستأجر على العمل الخ) أقول أما اذا استأجر خبازا يوما ليخبز له في بيته فانه أجير وحد فيستوجب الاجر بتسليم النفس ولا يتوقف على الفراغ من العمل

(فان أخرجه من التنور ثم احترق من غير فعله فله الاجر) لان عمله تم بالاخراج والتسليم وجد بالوضع فى بيته (ولا ضمان عليه لانه لم توجد منه جناية توجبه) قال المصنف رحمه الله (وهذا) أى قوله لا ضمان عليه (عند أبى حنيفة لانه أمانة فى يده) ولا ضمان على الامين (وعندهما يضمن) لان العين مضمون عليه كالمغصوب على الغاصب (ولا يبرأ الا بحقيقة التسليم) والوضع فى بيته ليس كذلك ثم اذا وجب الضمان كان صاحب الدقيق بالخيار ان شاء ضمنه مثل دقيقه ولا أجر له وان شاء ضمنه الخبز وأعطاه الاجر ولا ضمان عليه فى الحطب والملح عندهما لان ذلك صار مستهلكا قبل وجوب الضمان عليه حال وجوبه ورماده لا قيمة له قال فى النهاية هذا الذى ذكره من الاختلاف اختيار القدورى وأما عند غيره فهو يجرى على عمومه بانه لا ضمان بالاتفاق أما عنده فلانه لم يهلك من عمله وأما على قولهما فلانه هلك بعد التسليم وهذا يتم ان كان الوضع فى بيته تسليما (ومن استأجر طباخا ليطبخ له طعام وليمة فعليه تغريفه الى القصاع) لانه من تمام عمله عرفا وان استؤجر فى طبخ قدر خاصة فليس عليه الغرف (ومن استأجر انسانا ليضرب له لبنا استحق الاجر عند أبى حنيفة باقامتها) فان أفسده المطر قبل ذلك أو انكسر فلا أجر له لانه لا يصير مسلما ما لم يصر لبنا وما دام

على الارض لم يصر لبنا (وقالا لا يستحقه حتى يشرجه) أى ينضده بضم بعضه الى بعض (لان التشريج من تمام عمله) عرفا وباقى كلامه ظاهر قال (وكل صانع لعمله أثر فى العين كالقصار الخ) وكل صانع لعمله أثر فى العين كالقصار والصباغ فله أن يحبس العين حتى يستوفى الاجر لان المعقود عليه وصف قائم فى الثوب وهو ظاهر والمعقود عليه جاز حبسه لاستيفاء البدل كما فى المبيع فالوصف القائم فى الثوب جاز حبسه لاستيفاء البدل والوصف لا ينفك عن العين فجاز حبسها لذلك فان قيل فعلى هذا التقرير يكون حبس العين ضروريا فلا يتعدى الى عدم الضمان ولو حبسه فضاع لا ضمان عليه فالجواب ما أشار اليه بقوله لانه غير متعد يعنى أن الضمان لا يلزم الا على المتعدى وهو غير متعد فلا يلزمه الضمان لكنه لا أجر له لهلاك المعقود عليه قبل التسليم وعند أبى يوسف ومحمد العين كانت مضمونة عليه قبل الحبس فكذا بعده لكنه بالخيار ان شاء ضمنه قيمته غير معمول ولا أجر له وان شاء ضمنه معمولا وله الاجر وسنذكره فى باب ضمان الاجير

(فان أخرجه ثم احترق من غير فعله فله الاجر) لانه صار مسلما اليه بالوضع فى بيته ولا ضمان عليه لانه لم توجد منه الجناية قال وهذا عند أبى حنيفة لانه أمانة فى يده وعندهما يضمن مثل دقيقه ولا أجر له لانه مضمون عليه فلا يبرأ الا بعد حقيقة التسليم وان شاء ضمنه الخبز وأعطاه الاجر قال (ومن استأجر طباخا ليطبخ له طعاما للوليمة فالغرف عليه) اعتبارا للعرف قال (ومن استأجر انسانا ليضرب له لبنا استحق الاجر اذا أقامها عند أبى حنيفة وقالا لا يستحقها حتى يشرجها) لان التشريج من تمام عمله اذ لا يؤمن من الفساد قبله فصار كاخراج الخبز من التنور ولان الاجير هو الذى يتولاه عرفا وهو المعتبر فيما لم ينص عليه ولابى حنيفة أن العمل قد تم بالاقامة والتشريج عمل زائد كالنقل ألا ترى أنه ينتفع به قبل التشريج بالنقل الى موضع العمل بخلاف ما قبل الاقامة لانه طين منتشر وبخلاف الخبز لانه غير منتفع به قبل الاخراج قال (وكل صانع لعمله أثر فى العين كالقصار والصباغ فله أن يحبس العين حتى يستوفى الاجر) لان المعقود عليه وصف قائم فى الثوب فله حق الحبس لاستيفاء البدل كما فى المبيع ولو حبسه فضاع لا ضمان عليه عند أبى حنيفة لانه غير متعد فى الحبس فبقى أمانة كما

العناية ذكر هذا البيان حكمين أحدهما أن الاجير المشترك لا يستحق الاجرة حتى يفرغ من عمله وقد علم ذلك من مسئلة الخياط آنفا والثانى أن فراغ العمل بماذا يكون اهـ (أقول) فيه شئ وهو أنه اذا علم من مسئلة الخياط آنفا أن الاجير المشترك لا يستحق الاجرة حتى يفرغ من عمله يصير بيان ذلك ههنا تحصيل الحاصل فلا ينبغى أن يقصده العاقل فالوجه أن المقصود من ذكر هذه المسئلة انما هو بيان الحكم الثانى وهو أن الفراغ من العمل فى الخباز بماذا يكون ويرشد اليه أنه قال لم يستحق الاجر حتى يخرج الخبز من

فالغرف عليه) أى اخراج المرقة من القدور الى القصاع عليه وان استؤجر بطبخ قدر خاص فاخراج المرقة من القدر ليس عليه كذا فى الايضاح والمحيط والمرجع فى الجميع العرف (قوله استحق الاجرة اذا أقامه عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا لا يستحقها حتى يشرجه) هذا اذا ضرب اللبن فى ملك المستأجر فان ضرب به فى ملك نفسه فلا يجب الاجر عنده الا بالعد عليه بعد اقامتها وعندهما بالعد عليه بعد التشريج كذا فى نظم الزندويستى (قوله وكل صانع لعمله أثر فى العين كالقصار والصباغ فله ان يحبس العين) اختلف المشايخ فى قول أصحابنا كل صانع

قال المصنف (فان أخرجه ثم احترق من غير فعله فله الاجر) أقول فى الوقاية وان احترق بعدما أخرج فله الاجر وقبله لا ولا غرم فيهما وقال صدر الشريعة أى فى الاحتراق قبل الاخراج وبعد الاخراج وقال صاحب الدرر والغرر فيه بحث أما أولا فلانه مخالف لما فى شروح الهداية أن فيما قبل الاخراج غرما حتى قال فى غاية البيان انما قيد بعدم الضمان فى صورة الاحتراق بعد الاخراج من التنور لانه اذا احترق قبل الاخراج فعليه الضمان فى قول أصحابنا جميعا وأما ثانيا فلانه مخالف للقاعدة المقررة الآتى ذكرها من أن الاجير المشترك يضمن ما تلف بعمله انتهى كلامه قال المصنف (لانه مضمون عليه) أقول تعليل لقوله يضمن بلا حاجة لتعلقه بالمفعول قال المصنف (ألا ترى أنه ينتفع به) أقول فيه اشارة الى الجواب عن دليلهما الثانى يعنى أن العرف مشترك فكما أنه قد يتولاه فقد ينقل من موضع العمل قبل التشريج وفى القاموس التشريج نضد اللبن

كان عنده ولا أجرله لهلاك المعقود عليه قبل التسليم وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله العين كانت مضمونة قبل الحبس فكذا بعده لكنه بالخيار ان شاء ضمنه قيمته غير معمول ولا أجرله وان شاء ضمنه معمولا وله الاجر وسيبين من بعد ان شاء الله تعالى قال (وكل صانع ليس لعمله أثر في العين فليس له أن يحبس العين للاجر كالحمال والملاح) لان المعقود عليه نفس العمل وهو غير قائم في العين فلا يتصور حبسه فليس له ولاية الحبس وغسل الثوب نظير الحمل وهذا بخلاف الآبق حيث يكون للراد حق حبسه لاستيفاء الجعل ولا أثر لعمله لانه كان على شرف الهلاك وقد أحياه فكأنه باعه منه فله حق الحبس وهذا الذي ذكرنا مذهب علمائنا الثلاثة وقال زفر ليس له حق الحبس في الوجهين لانه وقع التسليم باتصال المبيع بملكه فيسقط حق الحبس ولنا أن الاتصال بالمحل ضرورة اقامة تسليم العمل فلم يكن هو راضيا به من حيث انه تسليم فلا يسقط حق الحبس كما اذا قبض المشتري بغير رضا البائع قال (واذا شرط على الصانع أن يعمل بنفسه ليس له أن يستعمل غيره) لان المعقود عليه العمل في محل بعينه فيستحق عينه كالمنفعة في محل بعينه

التنور ولم يقل حتى يفرغ من العمل باخراج الخبز من التنور ولو كان مراده بيان الحكمين معا لقال

لعمله اثر في العين ان المراد به العين والاجزاء المملوكة للصانع التي بحل العين كالنشاستج والغراء والخيوط ونحوها أما مجرد ما يرى ويعاين في محل العمل ككسر الفستق والحطب وطحن الحنطة وحلق رأس العبد فاختار الاكثرون الاول وبعضهم الثاني واما القصار فان كان يقصر بالنشاستج أو ببياض البيض فله حق الحبس لانه اتصل بالثوب مال قائم كما في الصبغ فاما اذا كان يبيض الثوب لاغير فقد قيل ليس له حق الحبس لان البياض الذي حدث في الثوب غير مضاف الى عمله بل البياض كان حاصلا ولكن استتر بالدرن والوسخ فزال ذلك بعمله وظهر البياض الذي كان في الاصل وقيل له حق الحبس لان ذلك البياض صار كالهالك باستتاره بالاوساخ فيقع العمل احداثا لصفة البياض من حيث المعنى فيكون له حق الحبس كما في الخياطة (قوله وغسل الثوب نظير الحمل) هذا اذا لم يستعمل في الغسل شيأ (قوله وقد احياه) والاحياء الذي يتصور من العباد تخليص من اشرف على الهلاك اذ الاحياء الحقيقي من خواص الالوهية (قوله في الوجهين) أي سواء كان لعمله اثر أو لم يكن لان المبيع وقع في يد المشتري برضا البائع قبل نقد الثمن فيبطل حقه في الحبس كما اذا عمل في بيت صاحب الثوب وهذا لان المبيع ههنا ما اثر عمله في العين كما في الخياطة أو مال قائم اتصل بالثوب كالصبغ وقد وقع في يد المشتري برضا البائع وهو كمن استقرض من آخر كر حنطة وامر بالقائها في ارضه بذرا ففعل صار قابضا (قوله ولنا ان الاتصال بالمحل ضرورة اقامة العمل) يعني ان المبيع وقع في يد المشتري بغير رضا البائع قبل نقد الثمن فلا يبطل حق البائع في الحبس كما في بيع العين وهذا لان المبيع في مسئلتنا اثر العمل أو مال اتصل بالعين وقد وقع في يد المشتري وهو صاحب الثوب بغير رضا البائع لان العمل الذي استؤجر لاجله لا يمكنه تحقيقه الا بتحصيل الاثر متصلا بملكه فيكون مضطرا في ذلك والاضطرار يمنع ثبوت الرضا (قوله في محل بعينه) اراد بالمحل ههنا الصانع يعني شرط ان يكون محل هذا العمل هو لا غيره فلا يجوز له ان يستعمل غيره كالمنفعة في محل بعينه يعني اذا استاجر غلاما بعينه لا يكون للمؤجر ان يدفع غلاما آخر مكانه كذا هذا

وكل صانع ليس لعمله أثر في العين كالحمال بالحاء والجيم فليس له أن يحبسه لان المعقود عليه نفس العمل وهو غير قائم في العين بل انما هو قائم بالعامل أو يعيزله الحبس فيه غير متصور وغسل الثوب نظير الحمل يعني اذا لم يكن ثمة من النشا وغيره سوى ازالة الوسخ بالماء وأما اذا كان فهي مسئلة القصار وهذا مختار بعض المشايخ واختاره المصنف رحمه الله وذكر في المبسوط وجامع قاضيخان أن احداث البياض في الثوب بازالة الدرن بمنزلة عمل له أثر في العين قيل وهو الاصح لان البياض كان مستترا وقد ظهر بفعله (قوله وهذا بخلاف الآبق) جواب عما يقال الآبق اذا رده انسان كان له حق الحبس وان لم يكن لعمله أثر في العين قائم ووجهه ان الآبق كان على شرف الهلاك وقد أحياه برده وكأنه باعه منه فله حق الحبس (وهذا الذي ذكرنا) يعني حق الحبس للصانع بالاجر فيما اذا كان لعمله أثر هو (مذهب العلماء الثلاثة وقال زفر) قيل هو مذهب الشافعي رحمهما الله (ليس له حق الحبس في الوجهين) يعني في الذي لعمله فيه أثر وفيما لم يكن (لانه وقع التسليم باتصال المعقود عليه بملكه) والمسلم الى صاحبه لا يتصور حبسه كما لو عمل في بيت الصاحب والجواب (ان الاتصال بالمحل ضرورة اقامة العمل) وذلك جهة غير التسليم فلا يلزم من ذلك الرضا بالاتصال من حيث التسليم (فلا يسقط حق الحبس) ونظير ذلك الوكيل اذا نقد الثمن من ماله وقبض المبيع كان له أن يحبس وقد تقدم فصار كقبض المشتري المبيع بغير رضا البائع فان للبائع أن يحبس وأن يسلمه المشتري لكونه بغير رضاه قال (واذا شرط على الصانع أن يعمل بنفسه الخ) واذا شرط على الصانع أن يعمل بنفسه نقل عن حميد الدين الضرير رحمه الله هو مثل ان يقول ان تعمل بنفسك أو بيدك مثلا واليه أشار المصنف رحمه الله بقوله أن يعمل بنفسه فليس له أن يستعمل غيره لان المعقود عليه العمل من محل بعينه فيستحق عينه كالمنفعة في محل بعينه كان استاجر دابة بعينها للحمل فانه ليس للمؤجر أن يسلم غيرها وفيه تأمل لانه ان خالفه الى خير بان استعمل من هو أصنع منه في ذلك الفن أو سلم دابة أقوى من ذلك كان ينبغي أن يجوز وان اطلق العمل له فله أن يستأجر من يعمله لان المستحق العمل ويمكن ايفاؤه بنفسه وبالاستعانة بغيره بمنزلة ايفاء الدين والله أعلم

(فصل) لما ذكر استحقاق تمام الاجرة ذكر في هذا الفصل عدم استحقاق تمام الاجر أو بعضه وعقبه لاصل الباب لان استحقاق تمام الاجر هو الاصل والنقصان لعارض (ومن استأجر رجلا ليذهب الى البصرة فيجيء بعياله فذهب فوجد بعضهم ميتا فجاء بالباقي) فاما أن يكون على جماعة معلومي العدد أولا فان كان الثاني استحق (٢٢) جميع الاجرة وان كان الاول (فله الاجر بحسابه لانه أوفى بعض المعقود عليه فيستحق العوض بقدره) وهو اختيار الفقيه أبي جعفر الهندواني واختاره المصنف واليه أشار بقوله (ومراده) يعني القدوري رحمه الله (اذا كانوا معلومين وان استأجره ليذهب بكتابه الى فلان بالبصرة ويأتي بالجواب فذهب فوجده ميتا) فاما أن يرد الكتاب أولا فان كان الثاني استحق أجر الذهاب بالاجماع وان كان الاول (فلا أجر له عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله له أجر الذهاب) وهذا بناء على أن المعقود عليه قطع المسافة أو نقل الكتاب وقع عند محمد رحمه الله أنه قطع المسافة لان المشقة فيه دون نقل الكتاب وقد أوفى بعض المعقود عليه بذهابه فيستحق الاجر المقابل له ووقع عندهما أنه نقل الكتاب لانه هو المقصود أو وسيلة الى المقصود وهو علم ما في الكتاب وقد نقضه برده فيسقط الاجر كما اذا استأجره ليذهب بطعام الى فلان بالبصرة فذهب به ووجده ميتا فرده فانه لا أجر له بالاتفاق لنقضه تسليم المعقود عليه وهو حمل الطعام وليس بناهض على محمد لان المعقود عليه في مسئلة الكتاب عند قطع المسافة ولم ينقض ما قطعه منها والله أعلم *(باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها)* قال

(وان أطلق له العمل فله أن يستأجر من يعمله) لان المستحق عمل في ذمته ويمكن ايفاؤه بنفسه وبالاستعانة لغيره بمنزلة ايفاء الدين

(فصل) ومن استأجر رجلا ليذهب الى البصرة فيجيء بعياله فذهب فوجد بعضهم قد مات فجاء بمن بقي فله الاجر بحسابه) لانه أوفى بعض المعقود عليه فيستحق العوض بقدره ومراده اذا كانوا معلومين (وان استأجره ليذهب بكتابه الى فلان بالبصرة ويجيء بجوابه فذهب فوجد فلانا ميتا فرده فلا أجر له) هذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد له الاجر في الذهاب لانه أوفى بعض المعقود عليه وهو قطع المسافة وهذا لان الاجر مقابل به لما فيه من المشقة دون حمل الكتاب لخفته ولهما أن المعقود عليه نقل الكتاب لانه هو المقصود أو وسيلة اليه وهو العلم بما في الكتاب ولكن الحكم معلق به وقد نقضه فيسقط الاجر كما في الطعام وهي المسئلة التي تلي هذه المسئلة (وان ترك الكتاب في ذلك المكان وعاد يستحق الاجر بالذهاب بالاجماع) لان الحمل لم ينتقض (وان استأجره ليذهب بطعام الى فلان بالبصرة فذهب فوجد فلانا ميتا فرده فلا أجر له في قولهم جميعا) لانه نقض تسليم المعقود عليه وهو حمل الطعام بخلاف مسئلة الكتاب على قول محمد لان المعقود عليه هنالك قطع المسافة على ما مر

(باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها)

هكذا تدبر

(باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها)

وصورة ما اذا شرط على الصانع ان يعمل بنفسه ان يقول استأجرتك لتخيط هذا الثوب بنفسك أو بيدك (قوله وان اطلق له العمل) بان يقول استأجرتك لتخيط هذا الثوب بدراهم فهذا من قبيل اطلاق العمل عرفا وان كان المذكور خياطته لفظا فله ان يستأجر من يعمله لان المستحق عليه عمل في ذمته ويمكن ايفاؤه بنفسه وبالاستعانة بغيره كايفاء الدين والله أعلم بالصواب

(فصل) (قوله فجاء بمن بقي فله الاجر بحسابه) قال الفقيه أبو جعفر رحمه الله هذا اذا قلت مؤنة الباقين فوت من مات واما اذا لم تنقص المؤنة بان مات الكبار مثلا فله كل الاجر (قوله ومراده اذا كانوا معلومين) حتى يكون الاجر مقابلا بجملتهم وتقل مؤنتهم بنقصان عددهم فاذا أوفى بعض المعقود عليه دون البعض استحق بقدر ما أوفى وبطل بقدر ما لم يوف (قوله وان استأجره ليذهب بكتابه الى فلان بالبصرة ويجيء بجوابه فذهب وجد فلانا ميتا فرده فلا أجر له) وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله له أجر الذهاب كما لو لم يرد الكتاب وكما لو كان رسولا بلا كتاب فذهب ولم يجد المرسل اليه أو وجده الا أنه لم يبلغه الرسالة ورجع له الاجر بالاجماع وذكر الفقيه أبو الليث رحمه الله قول أبي يوسف مع محمد رحمهما الله قيد بالذهاب بالكتاب ليشير به الى أن هذا الحكم فيما اذا استأجره للذهاب بشيء ليس له حمل ومؤنة وقيد بالمجيء بالجواب لانه لو لم يشترط عليه المجيء بالجواب وترك الكتاب ثمة فيما اذا كان ميتا أو غائبا فانه يستحق الاجر كاملا (قوله أو وسيلة اليه) أي الى المقصود وهو العلم بما في الكتاب لكن الحكم معلق به أي بنقل الكتاب (قوله وقد نقضه) أي نقل الكتاب أما حقيقة فظاهر وأما اعتبارا فلان ترك الكتاب ثمة مفيد لانه ربما يصل الى ورثته فينتفعون به أو الكاتب ينتفع به فاذا رده فات ما هو المقصود بالاجارة فيكون ناقضا للعمل اعتبارا والله أعلم

(باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها)

(فصل ومن استأجر رجلا) قال المصنف (ومراده اذا كانوا الخ) أقول في البزازية وان لم يكونوا معلومين فالاجارة فاسدة وفي الدرر والغرر وان لم يكن عياله معلومين فله كل الاجر فتأمل فانه لا مخالفة كما سيتضح في الدرس الآتي من العناية *(باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها)* (قوله باب ما يجوز من الاجارة) أقول لعل المراد باب تفصيل ما يجوز من الاجارة فيتضح وجه التأخير لان

قال (ويجوز استئجار الدور والحوانيت للسكنى وان لم يبين ما يعمل فيها) لان العمل المتعارف فيها السكنى فينصرف اليه

قال في النهاية ومعراج الدراية لما ذكر مقدمات الاجارة ذكر في هذا الباب ما هو المقصود منها وهو بيان ما يجوز من عقود الاجارة وما لا يجوز منها انتهى (أقول) فيه نوع خلل لانه لم يذكر في هذا الباب ما لا يجوز من الاجارة وانما ذكر ذلك في باب آخر آت عقيب هذا الباب وهو باب الاجارة الفاسدة بل انما ذكر في هذا الباب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها من المستأجر للمؤجر كما وقع في عنوان الباب وقال في نهاية البيان والعناية لما فرغ من ذكر الاجارة وشرطها ووقت استحقاق الاجرة ذكر هنا ما يجوز من الاجارة باطلاق اللفظ وتقييده وذكر أيضا من الافعال ما يعد خلافا من الاجير المؤجر وما لا يعد خلافا اهـ (أقول) فيه أيضا شيء فتأمل (قوله ويجوز استئجار الدور والحوانيت للسكنى وان لم يبين ما يعمل فيها) قال تاج الشريعة قوله للسكنى صلة الدور والحوانيت لا صلة الاستئجار يعني ويجوز استئجار الدور والحوانيت المعدة للسكنى لا أن يقول زمان العقد استأجرت هذه الدار للسكنى لانه لو نص هكذا وقت العقد لا يكون له أن يعمل فيها غير السكنى والتعليل يدل على ما ذكرت انتهى كلامه ومال أكثر الشراح الى سمته في تصوير هذه المسئلة غير أن صاحب الغاية بعد أن ذكر ذلك المعنى وصححه قال ويجوز أن يتعلق قوله للسكنى بالاستئجار أي يجوز استئجار الدور والحوانيت لاجل السكنى وان لم يبين ما يعمل فيها وله أن يعمل كل شيء لا يوهن البناء ولا يفسده وهو الظاهر من كلام القدوري الى هنا كلامه (أقول) فيما قال تاج الشريعة كلام أما أولا فلانه لو كان قوله للسكنى صلة الدور والحوانيت وكان المعنى ويجوز استئجار الدور والحوانيت المعدة للسكنى لم يظهر للتقييد بقوله للسكنى فائدة أصلا لانه اما أن يقصد به الاحتراز عن الدور والحوانيت الغير المعدة للسكنى أو يقصد به مجرد بيان حال الدور والحوانيت بانها معدة للسكنى فان كان الاول فمع عدم تحقق دار أو حانوت لم يعد للسكنى في الخارج لم يصح الاحتراز اذ الظاهر أن الحكم في استئجار كل دار وحانوت ما ذكر في الكتاب وهو الجواز وان كان الثاني فهو من قبيل اللغو فان كون الدور والحوانيت مما يعد للسكنى غني عن البيان غير خفي على أحد وأما ثانيا فلان قوله لو نص هكذا وقت العقد لا يكون له أن يعمل فيها غير السكنى ممنوع لانه لو نص وقت العقد على استئجار الدور والحوانيت لاجل السكنى وعمل فيها غير السكنى مما هو أنفع للبناء من السكنى ينبغي أن يجوز لان التقييد فيما لا يتفاوت غير معتبر على ما صرحوا به ولهذا اذا شرط سكنى واحد فله أن يسكن غيره كما سيأتي في الكتاب ففيما هو أنفع مما شرط وقت العقد أولى أن لا يعتبر التقييد ثم الانصاف أنه لو لم يقع في عبارة مختصر القدوري قيد للسكنى في وضع هذه المسئلة كما لم يقع في عبارة عامة معتبرات المتون لكان أولى وأحسن كما لا يخفى (قوله لان العمل المتعارف فيها السكنى فينصرف اليه) ورد عليه صاحب الاصلاح والايضاح كما رد على صدر الشريعة حيث قال لا لان العمل المتعارف فيها السكنى فينصرف اليه لا يتفاوت فصح العقد لانه لا ينتظمه قوله وله أن يعمل كل شيء سوى موهن البناء بل لان الاصل ان كل عمل لا يضر البناء يستحقه بمطلق العقد انتهى كلامه (أقول) ليس شيء من شطري كلامه بسديد أما شطره الاول فلان مراد المصنف وغيره أن العرف يصرف مطلق العمل الى السكنى وبعد ذلك تبقى أعمال السكنى على اطلاقها فله أن يعمل كل شيء منها لهذا الاطلاق سوى ما يوهن البناء لتحقق الضرر الظاهر فيه ولا منافاة بين القول بصرف العرف مطلق العمل الى أعمال السكنى وبين القول بان له أن يعمل كل شيء من أعمال السكنى لاطلاق عمل السكنى نظرا الى أنواعه وأصنافه وعدم التفاوت فيه فلا غبار في التعليل الذي ذكره المصنف وغيره وأما شطره الثاني فلانه لو كان الاصل أن كل عمل لا يضر البناء يستحقه مستأجر الدور والحوانيت بمطلق العقد بدون المصير الى أن المتعارف فيها هو السكنى لزم

(قوله ويجوز استئجار الدور والحوانيت للسكنى وان لم يبين ما يعمل فيها) بان قال استأجرت هذه الدار والحانوت سنة فقط ولم يقل للسكنى القياس أن لا يجوز لان المقصود من الدار والحانوت الانتفاع والانتفاع

لما فرغ من ذكر الاجارة وشرطها ووقت استحقاق الاجرة ذكر هنا ما يجوز من الاجارة باطلاق اللفظ وتقييده وذكر أيضا من الافعال ما يعد خلافا من الاجير للمؤجر وما لا يعد خلافا قال ويجوز استئجار الدور والحوانيت للسكنى الخ) قيل صورة المسئلة أن يقول استأجرت هذه الدار شهرا بكذا ولم يبين ما يعمل فيه من السكنى وغيره فذلك جائز وينصرف الى السكنى وان لم يبين وجه التأخير لان العمل المتعارف فيها هو السكنى

التفصيل بعد الاجمال فليتامل قال المصنف (ويجوز استئجار الدور والحوانيت) أقول في الفصل الحادي عشر من اجارات المحيط البرهاني في فتاوى أبي الليث اذا آجرت المرأة دارها من زوجها وسكناها جميعا فلا أجر لها قال وهو بمنزلة استئجارها لتطبخ أو تخبز هكذا ذكر انتهى قيل في المعنى ان التسليم شرط لصحة الاجارة ولوجوب الاجر وسكناها معه يمنع التسليم والحكم ممنوع والعلة مردودة والقياس على استئجارها للطبخ والخبز لا يصح لان الطبخ والخبز مستحق عليها ديانة ان لم يكن مستحقا عليها حكما أما اسكان الزوج في منزلها غير مستحق عليها لا ديانة ولا حكما وقوله بان سكناها مع الزوج يمنع التسليم قلنا لا يمنع لانها تابعة للزوج في السكنى كما فصل في الهبة (قوله للسكنى) أقول حال من الدور والحوانيت أي كائنين معدتين للسكنى

وبه يسمى مسكنا وفى القياس لايجوز لان المقصود من الدور والحوانيت الانتفاع وهو متنوع فوجب أن لايجوز مالم يبين شيأ من ذلك ووجه الاستحسان أن المعروف كالمشروط نصا فينصرف اليه (قوله ولانه لايتفاوت) جواب عما عسى أن يقال سلمنا ان السكنى متعارف لكن قد تتفاوت السكان فلابد من بيانه ووجهه ان السكنى لا تتفاوت ومالا يتفاوت لايشتمل على مايفسد العقد فيصح (قوله أن يعمل كل شئ) من السكنى والاسكان والوضوء والغسل وغسل الثياب وكسر الحطب للوقيد وغير ذلك مما هو من توابع السكنى (للاطلاق) أى لاطلاق العقد فانه ليس بمقيد بشئ دون شئ (الا أنه لايسكن حدادا ولا قصارا ولا طحانا) بالماء أو الدابة دون اليد ان لم يوهن البناء وفى الجملة كل مالم يضر به البناء جاز أن يعمله فيه ويتقيد به وقوله لايسكن يجوز أن يكون بفتح الياء وقوله حدادا يكون نصبا على الحال

ويتقيد به الاسكان دلالة لاتحاد المناط وهو الضرر بالبناء ويجوز أن يكون بضم الياء والمنصوبات مفعول به ويتقيد به سكناه دلالة لاتحاد المناط وهو الضرر بالبناء (ويجوز استئجار الاراضى للزراعة لانها منفعة مقصودة معهودة فيها) وينبغى أن يذكر أنه يستاجرها للزراعة لانها تستاجر لغيرها أيضا فلابد من البيان نفيا للجهالة ولابد من بيان مايزرع فيها لانه يتفاوت فى الضرر بالارض وعدمه فلابد من التعيين قطعا للمنازعة أو يقول على أن يزرع فيها ماشاء لانه لما فوض الاختيار اليه ارتفعت الجهالة المفضية الى النزاع (ويدخل الشرب والطريق فى العقد بلا تنصيص لان الاجارة تعقد للانتفاع ولا انتفاع الا بهما فيدخلان فى مطلق العقد بخلاف البيع فان المقصود منه ملك الرقبة وقد مر فى باب الحقوق من كتاب البيوع

وانه لايتفاوت فصح العقد (وله أن يعمل كل شئ) للاطلاق (الا أنه لايسكن حدادا ولا قصارا ولا طحانا لان فيه ضررا ظاهرا) لانه يوهن البناء فيتقيد العقد بما وراءها دلالة قال (ويجوز استئجار الاراضى للزراعة) لانها منفعة مقصودة معهودة فيها (وللمستأجر الشرب والطريق وان لم يشترط) لان الاجارة تعقد للانتفاع ولا انتفاع فى الحال الا بهما فيدخلان فى مطلق العقد بخلاف البيع لان المقصود منه ملك الرقبة لا الانتفاع فى

أن يستحق العمل الذى ليس من جنس السكنى أيضا ولم يقل به أحد بل صرحوا فى عامة المعتبرات بانه مصروف بالعرف الى عمل السكنى وهو لايتفاوت فيصح العقد من غير بيان وقالوا ان هذا استحسان وفى القياس لايصح لان مطلق العمل والانتفاع يتناول عمل السكنى وغيره فيتفاوت فلا يكون بد من البيان للجهالة المفضية الى النزاع كما فى استئجار الاراضى للزراعة (قوله وانه لايتفاوت فصح العقد) قال صاحب العناية هذا جواب عما عسى أن يقال سلمنا أن السكنى متعارف ولكن قد تتفاوت السكان فلابد من بيانه وقال بعض الفضلاء لامساس لهذا السؤال بالمقام اذ الكلام فى عدم وجوب بيان مايعمل فيها لا فى بيان من يسكن انتهى (أقول) لعل لفظ السكان فى كلام صاحب العناية وقع سهوا من الكاتب بدلا من لفظ السكنى فحينئذ مساس السؤال بالمقام ظاهر وأما على ماوقع فى النسخ المشهورة فالمراد لكن قد تتفاوت السكنى بتفاوت السكان فى العمل فلابد من بيان مايعمل فيها ولما كان تفاوت السكان فى العمل سببا لتفاوت نفس العمل الذى هو السكنى اكتفى بذكر تفاوت السكان قصرا للمسافة ويرشد اليه قوله ووجهه يعنى وجه الجواب أن السكنى لا يتفاوت ومالا يتفاوت لايشتمل على مايفسد العقد فيصح انتهى حيث قال ان السكنى لاتتفاوت ولم يقل ان السكان لايتفاوتون تدبر ترشد وقال الشارح العينى وفى بعض النسخ ولانه لايتفاوت وهكذا صححه صاحب العناية ولهذا قال هذا جواب عما عسى أن يقال سلمنا أن السكنى متعارف الخ (أقول) كلامه ليس بصحيح أما أولا فلان صاحب العناية لم يصحح تلك النسخة بل لم يتعرض لها قط وأما ثانيا فلان جعل صاحب العناية قول المصنف هذا جوابا عن سؤال مقدر لايدل على نسخة ولانه بل يأباها اذ مقتضى هذه النسخة أن يكون قول المصنف هذا دليلا آخر مستقلا والذى يكون جوابا عن سؤال مقدر انما يكون من متممات ماقبله فلم يصح قوله ولهذا قال هذا جواب عما عسى أن يقال الخ وان أراد أن المذكور فى لفظ العناية بصدد الشرح عبارة هذه النسخة لاغير فليس كذلك أيضا بل المذكور فيما رأينا من نسخ العناية عبارة وأنه بدون اللام (قوله لان فيه ضررا ظاهرا لانه يوهن البناء فيتقيد العقد بما وراءها دلالة) أقول لقائل أن يقول الظاهر

قد يكون من حيث السكنى وقد يكون من حيث وضع الامتعة فينبغى أن لايجوز مالم يبين شيأ من ذلك ووجه الاستحسان أن المقصود معلوم بالعرف وهو السكنى فيصرف اليه اذ المعلوم عرفا كالمشروط نصا فعلى هذا قوله للسكنى يتعلق بالحوانيت لا بالاستئجار ومعناه والحوانيت المعدة للسكنى (قوله وله أن يعمل كل شئ)

(قوله ولانه لايتفاوت) أقول الظاهر وأنه لايتفاوت (قوله جواب عما عسى أن يقال سلمنا الخ) أقول لامساس لهذا السؤال بالمقام اذ الكلام فى عدم وجوب بيان مايعمل فيها لا فى بيان من يسكن (قوله لاتحاد المناط وهو الضرر بالبناء) أقول فيه رد على الاتقانى ولكن بقى ههنا كلام وهو ان اتحاد المناط لا يكفى فى الدلالة لوجوده فى القياس أيضا بل لابد مع ذلك أن يدرك باللغة فتامل هل يوجد ذلك هنا قال المصنف (ويجوز استئجار الاراضى للزراعة لانها منفعة مقصودة معهودة فيها) أقول انما قال ذلك لان كون المنفعة مقصودة يعتاد استيفاؤها بعقد الاجارة ويجرى بها التعامل من الناس من شرائط صحة الاجارة قال فى البدائع فى تعليل هذا الشرط لانها عقد شرع بخلاف القياس لحاجة الناس ولا حاجة فيما لاتعامل فيه للناس ثم قال فلا يجوز استئجار الاشجار لتجفيف الثياب عليها والاستظلال بها لان هذه منفعة

الحال

ويجوز أن يستاجر الساحة) وهى الارض الخالية من البناء والشجر (ليبنى فيها أو يغرس لان ذلك منفعة مقصودة بالاراضى) فيصح بها العقد (فاذا انقضت المدة لزم المستأجر أن يقلعهما ويسلمها فارغة لانه لا نهاية لهما وفى ابقائهما اضرار بصاحب الارض) هذا من جانب المستاجر وأما من جانب المؤجر فلان الارض اما أن تنقص بالقلع أولا فان كان الاول فان شاء يغرم له قيمة ذلك مقلوعا و يتملكه رضى به المستاجر أولا وان شاء رضى بتركها على حالها فيكون البناء لهذا والارض لذاك لان الحق له فى أن يتركه وان كان الثانى فله أن يغرم قيمة ذلك مقلوعا لكن برضا المستاجر (وهذا بخلاف الزرع اذا انقضت المدة وهو بقل حيث يترك باجر المثل الى أن يدرك لان له نهاية معلومة فامكن رعاية الجانبين) وذلك لانا لو قلعناه تضرر المستاجر ولو تركنا الارض بيده بلا أجر تضرر المؤجر وفى تركه باجر رعاية الجانبين فصير اليه وأورد مسئلة الجامع الصغير لبيان أن الرطبة كالشجرة قال (ويجوز استئجار الدواب للركوب والحمل الخ) اذا استاجر دابة للركوب فاما أن يقول عند العقد استاجرت للركوب ولم يزد عليه أو زاد فقال على أن يركب من شاء أو على أن يركب فلان فهى ثلاثة أوجه فان كان الاول فالعقد فاسد لانه مما يختلف اختلافا فاحشا فان أركب شخصا ومضت المدة فالقياس أن يجب عليه أجر المثل لانه استوفى المعقود عليه بعقد فاسد فلا ينقلب الى الجواز كما لو اشترى شيأ بخمر أو خنزير وفى الاستحسان يجب المسمى و ينقلب جائزا لان الفساد كان للجهالة وقد ارتفعت حالة الاستعمال فكأنها ارتفعت من الابتداء لانها عقد ينعقد ساعة فساعة فكل جزء منه ابتداء واذا ارتفعت الجهالة من الابتداء صح العقد فكذا ههنا وان كان الثانى صح العقد ويجب المسمى و يتعين أول من ركب سواء كان المستاجر أو غيره لانه تعين مرادا من الاصل على الوجه الذى قلنا فان أركب غيره بعد ذلك فعطبت ضمن وهذا الوجه هو المذكور فى الكتاب أولا والمراد بقوله فان أطلق الركوب هو أن يقول على أن يركب من شاء وان كان الثالث فليس له أن يتعداه لانه تعيين مفيد لابد من اعتباره فان تعداه كان ضامنا وكذلك كل ما يختلف باختلاف

الحائل حتى يجوز بيع الجحش والارض السبخة دون الاجارة فلا يدخلان فيه من غير ذكر الحقوق وقد مر فى البيوع (ولا يصح العقد حتى يسمى ما يزرع فيها) لانها قد تستأجر للزراعة ولغيرها وما يزرع فيها متفاوت فلابد من التعيين كى لا تقع المنازعة (أو يقول أن يزرع على فيها ما شاء) لانه لما فوض الخيرة اليه ارتفعت الجهالة المفضية الى المنازعة قال (ويجوز أن يستأجر الساحة ليبنى فيها أو ليغرس فيها نخلا أو شجرا) لانها منفعة تقصد بالاراضى (ثم اذا انقضت مدة الاجارة لزمه أن يقلع البناء والغرس و يسلمها اليه فارغة لانه لا نهاية لهما وفى ابقائهما اضرار بصاحب الارض بخلاف ما اذا انقضت المدة والزرع بقل حيث يترك باجر المثل الى زمان الادراك لان له نهاية معلومة فامكن رعاية الجانبين قال (الا أن يختار صاحب الارض أن يغرم له قيمة ذلك مقلوعا و يتملكه فله ذلك) وهذا برضا صاحب الغرس والشجر الا أن تنقص الارض بقلعهما فحينئذ يتملكهما بغير رضاه قال (أو يرضى بتركه على حاله فيكون البناء لهذا والارض لهذا) لان الحق له فله أن لا يستوفيه قال (وفى الجامع الصغير اذا انقضت مدة الاجارة وفى الارض رطبة فانها تقلع) لان الرطاب لا نهاية لها فأشبه الشجر قال (و يجوز استئجار الدواب للركوب والحمل) لانه منفعة معلومة معهودة

من هذا الكلام أن أعمال السكنى تتفاوت فبعض منها لا يوهن البناء وبعض آخر منها يوهنه كالامثلة المذكورة فصار حاصل قوله فيما مر آنفا وانه يعنى السكنى لا يتفاوت ويمكن أن يقال ان معنى قوله السابق انه لا يتفاوت غالبا فالذى يضر البناء و يوهنه خارج عن العقد بدلالة الحال وذلك القسم الغالب باق على حاله فله أن يعمل من ذلك ما شاء فتأمل (قوله ولا يصح العقد حتى يسمى ما يزرع فيها لانها قد تستأجر للزراعة ولغيرها وما يزرع فيها متفاوت فلابد من التعيين كى لا تقع المنازعة) أقول لقائل أن يقول فى التعليل شائبة الاستدراك اذ يكفى فى تمامه أن يقال لان ما يزرع فيها متفاوت وقوله لانها قد تستأجر للزراعة ولغيرها لا يطابق المدعى ولا نفع له فى اثباته فالجواب أنه لابد فى صحة عقد استئجار الاراضى للزراعة من أمرين أحدهما بيان أنه يستاجرها للزراعة لانها قد تستأجر لغيرها أيضا ولابد من نفى الجهالة وثانيهما بيان ما يزرع فيها كما صرح به فى الكتاب بقوله ولا يصح العقد حتى يسمى ما يزرع فيها والمصنف لما رأى اندراج الاول أيضا التزاما فى مدلول قوله حتى يسمى ما يزرع فيها بناء على أن تسمية ما يزرع فيها فرع تسمية نفس الزراعة أشار الى تعليل كلا الامرين أما الى تعليل الاول فبقوله لانها قد تستأجر للزراعة ولغيرها وأما الى تعليل الثانى فبقوله وما يزرع فيها متفاوت فلم يكن فى التعليل المزبور استدراك بل كان فيه زيادة فائدة وكأن صاحب العناية تفطن لهذه

أى مما لا يضر بالبناء للاطلاق وذلك نحو الوضوء وغسل الثياب وكسر الحطب ووضع الامتعة ونحو ذلك (قوله وما يزرع فيها متفاوت) لان الارض قد تستاجر لزراعة البر ولزراعة الشعير ولزراعة الذرة والارز وغيرها وبعضها يضر بالارض لان البعض قريب الادراك والبعض بعيده أولان البعض يضر بالارض

غير مقصودة من الشجر ولو اشترى ثمرة شجرة ثم استاجر الشجرة لتبقيه ذلك فيه لم يجز لانه لم يقصد من الشجرة هذا النوع من المنفعة عادة (قوله وان كان الثانى فله أن يغرم قيمة ذلك مقلوعا) أقول وان شاء رضى بتركها على حالها ولم يذكره الشارح تعويلا على انفهامه من الكلام (قوله على الوجه الذى قلنا) أقول آنفا

(فان أطلق الركوب جاز له أن يركب من شاء) عملا بالاطلاق ولكن اذا ركب بنفسه أو أركب واحدا ليس له أن يركب غيره لانه تعين مرادا من الاصل والناس يتفاوتون في الركوب فصار كأنه نص على ركوبه (وكذلك اذا استأجر ثوبا للبس وأطلق جاز فيما ذكرنا) لاطلاق اللفظ وتفاوت الناس في اللبس (وان قال على أن يركبها فلان أو يلبس الثوب فلان فاركبها غيره أو ألبسه غيره فعطب كان ضامنا) لان الناس يتفاوتون في الركوب واللبس فصح التعيين وليس له أن يتعداه وكذلك كل ما يختلف باختلاف المستعمل لما ذكرنا فاما العقار وما لا يختلف باختلاف المستعمل اذا شرط سكنى واحد فله أن يسكن غيره لان التقييد غير مفيد لعدم التفاوت الذي يضر بالبناء والذي يضر بالبناء خارج

الدقيقة حيث قال في تقرير المقام ويجوز استئجار الاراضي للزراعة لانها منفعة مقصودة معهودة فيها وينبغي أن يذكر أنه يستأجرها للزراعة لانه استأجر لغيرها أيضا فلا بد من البيان نفيا للجهالة ولا بد من بيان ما يزرع فيها لانه يتفاوت في الضرر بالارض وعدمه فلا بد من التعيين قطعا للمنازعة انتهى (قوله فان أطلق الركوب جاز له أن يركب من شاء عملا بالاطلاق) اعلم أن استئجار الدواب للركوب على ثلاثة أوجه لان المستأجر اما أن يقول عند العقد استأجرتها للركوب ولم يزد عليه شيأ أو زاد فعلى هذا اما أن يقول على أن يركب من شاء أو يقول على أن يركب فلان ففي الوجه الاول يفسد العقد لان الركوب مما يختلف اختلافا فاحشا فيكون المعقود عليه مجهولا فان أركب شخصا ومضت المدة فالقياس أن يجب عليه أجر المثل لانه استوفى المعقود عليه بعقد فاسد فلا ينقلب الى الجواز وفي الاستحسان يجب المسمى وينقلب جائزا لان الفساد كان للجهالة وقد ارتفعت حالة الاستعمال فكأنها ارتفعت من الابتداء لان عقد الاجارة ينعقد ساعة فساعة فكل جزء منه ابتداء واذا ارتفع الجهالة من الابتداء صح العقد فكذا ههنا وفي الوجه الثاني يصح العقد ويجب المسمى ويتعين أول من ركب سواء كان المستأجر أو غيره لانه تعين مرادا من الاصل فصار كأنه نص على ركوبه ابتداء وفي الوجه الثالث ليس له أن يتعداه لانه تعيين مفيد لا بد من اعتباره فان تعدى صار ضامنا وحكم الحمل كحكم الركوب في جميع هذه الاوجه كذا قالوا ❊ ثم اعلم أن الشراح افترقوا في تعيين أن المراد بقول القدوري فان أطلق الركوب جاز له أن يركب من شاء أي وجه من هاتيك الاوجه الثلاثة فجزم فرقة منهم كتاج الشريعة وصاحبي الغاية والعناية بان المراد بذلك هو الوجه الثاني وهو أن يقول على أن يركب من شئت وان المراد بالاطلاق التعميم بدون التقييد بركوب شخص بعينه كما جزم به الامام الزاهدي والامام أبو نصر الاقطع في شرحيهما لمختصر القدوري وجوز فرقة أخرى منهم كاصحاب النهاية والكفاية ومعراج الدراية الحمل على الوجهين أحدهما آخر أحوال الوجه الاول وهو انقلاب العقد الى الجواز بعد ما وقع فاسدا بان يكون معنى قوله فان أطلق الركوب جاز له أن يركب من شاء لو أركب من شاء ينقلب العقد الى الجواز بعد ما وقع فاسدا وثانيهما الوجه الثاني كما ذكرناه من قبل اذا عرفت هذا فاقول ان تعليل المصنف هذه المسئلة أعني قوله فان

كالذرة والبعض لا يضره كالبطيخ فلم يبين شيأ من ذلك لا يصير المعقود عليه معلوما واعلام المعقود عليه شرط جواز الاجارة (قوله فان أطلق الركوب جاز له أن يركب من شاء) قال أبو نصر رحمه الله هذا الذي ذكره انما أراد به اذا وقع العقد على أن يركب من شاء لانه لو أطلق الركوب من غير أن يقول على أن يركب من شاء يفسد العقد لانه مما يختلف اختلافا فاحشا فان قال على أن تركب من شئت صح العقد وان لم يسم شخصا بعينه لانه رضي به وكذا اذا استأجر ثوبا للبس يعني قال له البس من شئت ويحتمل أنه أراد بقوله فان أطلق الركوب جاز له أن يركب من شاء أنه يسمي الركوب ولم يعين الراكب ولم يقل من شاء لانه وان وقعت الاجارة فاسدة الا أنه اذا لم ينقض الاجارة حتى أركب رجلا أو ركب هو ارتفع الفساد وتعين المراد من الاصل وصار كانه نص على ركوبه ابتداء وكذا اذا استأجر ثوبا للبس ولم يعين اللابس ولم يقل على أن يلبسه من شاء ثم لبس هو أو ألبسه غيره (قوله والذي يضر بالبناء خارج) كالقصارة والحدادة لا يتناوله مطلق السكنى

المستعملين كالثوب والدابة وحكم الحمل كحكم الركوب بخلاف العقار فانه اذا شرط سكنى واحد بعينه جاز اسكان غيره لان التقييد غير مفيد لعدم التفاوت فان قيل قد تتفاوت السكان أيضا فان سكنى بعض قد يتضرر به كالحداد ونحوه أجاب بقوله (والذي يضر بالبناء خارج)

على ماذكرنا قال (وان سمى نوعا وقدرا معلوما يحمله على الدابة مثل أن يقول خمسة أقفزة حنطة فله أن يحمل ماهو مثل الحنطة فى الضرر أو أقل كالشعير والسمسم) لانه دخل تحت الاذن لعدم التفاوت أو لكونه خيرا من الاول (وليس له أن يحمل ماهو أضر من الحنطة كالملح والحديد) لانعدام الرضا فيه (وان استأجرها ليحمل عليها قطنا سماه فليس له أن يحمل عليها مثل وزنه حديدا) لانه ربما يكون أضر بالدابة فان الحديد يجتمع فى موضع من ظهرها والقطن ينبسط على ظهرها

أطلق الركوب جازله أن يركب من شاء بقوله عملا بالاطلاق يقتضى أن يحمله المصنف على الوجه الثانى فقط لانه انما يمشى عند الحمل على الوجه الثانى لاعند الحمل على آخر الوجه الاول اذ لاشك ان علة انقلاب العقد الى الجواز فى الوجه الاول انما هى تعين المعقود عليه بقاء لا اطلاقه وانما الاطلاق علة الفساد ابتداء وعن هذا فسر صاحب الكافى معنى الاطلاق ههنا بالوجه الثانى ثم علل المسئلة بما علل به المصنف حيث قال فان أطلق بان قال على أن يركب أو يلبس من شاء جازله أن يركب أو يلبس من شاء عملا باطلاق اللفظ انتهى فتدبر (قوله وان سمى نوعا وقدرا معلوما يحمله على الدابة مثل أن يقول خمسة أقفزة حنطة فله أن يحمل ماهو مثل الحنطة فى الضرر أو أقل كالشعير والسمسم) كلاهما مثال لما هو أقل فى الضرر وأما مثال ماهو مثل فى الضرر فكما اذا سمى خمسة أقفزة حنطة بعينها فحمل خمسة أقفزة حنطة أخرى وانما ترك هذا فى الكتاب لظهوره قال صاحب النهاية فى شرح قوله كالشعير والسمسم هذا لف ونشر فان الشعير ينصرف الى المثل والسمسم ينصرف الى الاقل اذا كان التقدير فيهما من حيث الكيل لامن حيث الوزن انتهى وتبعه الشارح الكاكى كما هو دأبه فى أكثر الاحوال وقال صاحب غاية البيان قال بعضهم فيه لف ونشر يرجع قوله كالشعير الى قوله مثل الحنطة ويرجع قوله والسمسم الى قوله أقل وليس ذلك بشئ لان الشعير ليس مثل الحنطة بل أخف منها ولهذا لو شرط أن يحمل عليها مائة رطل من الشعير فحمل عليها مائة رطل من الحنطة ضمن اذا عطبت فلو كان مثلا لها لم يضمن كما لو شرط أن يحمل عليها حنطة زيد فحمل عليها حنطة عمرو وبذلك الكيل بل قوله كالشعير والسمسم جميعا نظير قوله أقل الى هنا كلامه وقال صاحب العناية وذكر فى النهاية أن فى الكلام لفا ونشرا فان الشعير ينصرف الى المثل والسمسم ينصرف الى الاقل اذا كان التقدير من حيث الكيل وليس بواضح فان السمسم أيضا مثل اذا كان التقدير من حيث الكيل انتهى كلامه (أقول) فيه خبط واضح فانه اذا كان التقدير من حيث الكيل فانما يكون السمسم مثل الحنطة فى الكيل ولاشك أن المراد بالمثل والاقل ههنا ماهو مثل وأقل فى الضرر كما صرح به فى

(قوله على ماذكرناه) اشارة الى قوله الا أنه لا يسكن حدادا ولا قصارا ولا طحانا (قوله وان سمى نوعا وقدرا معلوما يحمله على الدابة) مثل أن يقول خمسة أقفزة حنطة فله أن يحمل ماهو مثل الحنطة فى الضرر كما اذا استأجرها ليحمل عليها عشرة مخاتيم من هذه الحنطة فحمل عشرة مخاتيم من حنطة أخرى أو ليحمل عليها عشرة مخاتيم من حنطة نفسه فحمل عليها عشرة مخاتيم من حنطة غيره (قوله أو أقل) كالشعير والسمسم بان استأجرها ليحمل عليها عشرة أقفزة حنطة فحمل عليها عشرة أقفزة شعير أو سمسم لان مثل كيل حنطة من الشعير يكون أخف على الدابة حتى قيل لو سمى مقدارا من الحنطة وزنا فحمل مثل ذلك الوزن من الشعير يضمن لانه يأخذ من ظهر الدابة أكثر مما تأخذه الحنطة فهو كما استعارها ليحمل عليها حنطة فحمل عليها قطنا أو تبنا وأما مثل كيلها من الشعير فلا يأخذ من ظهرها أكثر مما تأخذ الحنطة وفى الذخيرة وذكر شيخ الاسلام فى شرحه أنه لا يضمن استحسانا ثم قال وهو الاصح وبه كان يفتى الصدر الشهيد رحمه الله

على ماذكرنا) واعتبر بماذكرت لك تستغن عما فى النهاية من التطويل وقول المصنف ويجوز استئجار الدواب للركوب معناه لركوب معين اما نصا حقيقة أو تقديرا (وان سمى نوعا ومقدارا من شئ يحمله على الدابة مثل أن يقول خمسة أقفزة حنطة بعينها فله أن يحمل ماهو مثله فى الضرر) كحنطة أخرى غيرها (أو) ماهو (أقل) ضررا (كالشعير والسمسم) فانهما اذا كانا خمسة أقفزة كانا أقل وزنا فكانا أقل ضررا وذكر فى النهاية أن فى الكلام لفا ونشرا فان الشعير ينصرف الى المثل والسمسم ينصرف الى الاقل اذا كان التقدير من حيث الكيل وليس بواضح فان السمسم أيضا مثل اذا كان التقدير من حيث الكيل وانما جازله ذلك (لانه دخل تحت الاذن لعدم التفاوت) يعنى به اذا كان مثلا (أو لكونه خيرا) يعنى به اذا كان أقل ضررا (وليس له أن يحمل ماهو أكثر ضررا من الحنطة كالملح) اذا كان مثلها كيلا لانه أثقل (لانعدام الرضا فيه وان استأجرها ليحمل عليها مقدارا من القطن فليس له أن يحمل عليها مثل وزنه حديدا لانه ربما كان أضر على الدابة لاجتماعه فى موضع من الظهر بخلاف القطن فانه ينبسط عليه) وانما ذكره مع كونه معلوما مما سبق لان ذلك كان نظير المكيل وهذا نظير الموزون

(قوله أو تقديرا) أقول كما فى الوجه المذكور فى الكتاب أولا (قوله وليس بواضح) أقول وفيه بحث فان صاحب النهاية يدعى أن خمسة أقفزة من الشعير مثل خمسة أقفزة من الحنطة فى الضرر فالجواب منع ذلك لا ماذكره الشارح كما لا يخفى (قوله لانه أثقل لانعدام الرضا فيه) أقول الاولى أن يقال ولا يرضى به المؤجر

(وان استأجرها ليركبها فاردف معه رجلا فعطبت ضمن نصف قيمتها) سواء كان الرديف أخف أو أثقل من الراكب (ولا معتبر بالثقل لان الدابة قد يعقرها جهل الراكب الخفيف ويخف عليها ركوب الثقيل لعلمه بالفروسية ولان الآدمي غير موزون فلا يمكن معرفته بالوزن فاعتبر عدد الراكب كعدد الجناة في

الجنايات) والجناة جمع جان كالبغاة جمع باغ فانه اذا جرح رجل رجلا جراحة واحدة والآخر عشر جراحات خطأ فمات فالدية بينهما نصافا لان رب جراحة واحدة أكثر تأثيرا من عشر جراحات قيل وانما قيد بكونه رجلا لانه اذا أردف صبيا ضمن بقدر ثقله اذا كان لا يستمسك بنفسه لانه بمنزلة الحمل (وان استأجرها ليحمل عليها مقدارا من الحنطة فحمل عليها أكثر منه فعطبت ضمن مازاد الثقل لانها عطبت بما هو مأذون فيه وغير مأذون فيه وسبب الهلاك الثقل فانقسم عليهما) اذا كان مثلها يطيق حمله (وأما اذا كان حملا لا يطيقه مثلها ضمن كل قيمتها لعدم الاذن فيها أصلا لخروجه عن العادة كما اذا كانت الزيادة من خلاف جنس المسمى كمن استأجرها ليحملها خمسة أقفزة من شعير فحملها مثل كيله حنطة فانه يضمن جميع قيمتها لعدم الاذن بخلاف ما اذا كانت من جنسه لانه ماذون في مقدار المسمى وغير ماذون في الزيادة فيوزع الضمان ونوقض بما لو استأجر ثورا ليطحن به عشرة مخاتيم حنطة فطحن أحد عشر مختوما فهلك ضمن الجميع وان كانت

قال (وان استأجرها ليركبها فأردف معه رجلا فعطبت ضمن نصف قيمتها ولا معتبر بالثقل) لان الدابة قد يعقرها جهل الراكب الخفيف ويخف عليها ركوب الثقيل لعلمه بالفروسية ولان الآدمي غير موزون فلا يمكن معرفة الوزن فاعتبر عدد الراكب كعدد الجناة في الجنايات قال (وان استأجرها ليحمل عليها مقدارا من الحنطة فحمل عليها أكثر منه فعطبت ضمن مازاد الثقل) لانها عطبت بما هو مأذون فيه وما هو غير مأذون فيه والسبب الثقل فانقسم عليهما (الا اذا كان حملا لا يطيقه مثل تلك الدابة فحينئذ يضمن كل قيمتها) لعدم الاذن فيها أصلا لخروجه عن العادة

نفس الكتاب وانما تكون المثلية في الضرر بالتساوي في الوزن والاقلية في الضرر بالقلة في الوزن وانتفاء التساوي في الوزن بين السمسم والحنطة اذا كان التقدير من حيث الكيل أمر بديهي فكأن صاحب العناية توهم من كون التقدير من حيث الكيل كون المثلية والاقلية أيضا من حيث الكيل وهو عجيب من مثله نعم يرد على ماذكر في النهاية منع كون الشعير مثل الحنطة في الضرر اذا كان التقدير من حيث الكيل كما أفصح عنه صاحب الغاية (قوله وان استأجرها ليركبها فاردف معه رجلا فعطبت ضمن نصف قيمتها) قال صاحب العناية قيل وانما قيد بكونه رجلا لانه اذا أردف صبيا ضمن بقدر ثقله اذا كان لا يستمسك بنفسه لانه

(قوله وان استأجرها ليركبها فاردف معه رجلا آخر ضمن نصف قيمتها) قيد بقوله أردف لانه لو ركبها وحمل على عاتقه غيره يضمن جميع القيمة وان كانت الدابة تطيق حملها لان ثقل الراكب مع الذي حمله على عاتقه يجتمعان في مكان واحد فيكون أشق على الدابة أما اذا كانت لا تطيق فيجب جميع الضمان في الاحوال كلها كذا في الذخيرة وقيد بقوله رجلا لانه لو أردف صبيا لا يستمسك ضمن مازاد الثقل وان كان ممن يستمسك فهو كالرجل كذا في الفتاوى وقوله ضمن نصف قيمتها وعليه الاجر كاملا لاستيفاء المعقود عليه فان ركوبه لا يختلف بان يردف معه غيره أو لا يردف ثم للمالك الخيار في ذلك ان شاء ضمن المستأجر وان شاء ضمن الرديف فان ضمن المستأجر لا يرجع على الرديف مستأجرا كان أو مستعيرا وان ضمن الرديف رجع هو على المستأجر ان كان ذلك الرديف مستأجرا وان كان مستعيرا لا يرجع عليه كذا في الذخيرة والمغني فان قيل الاجر مع الضمان لا يجتمعان وقد وجب عليه ضمان النصف فكان ينبغي أن لا يجب عليه نصف الاجر قلنا انما ينفي الاجر عنه عند وجوب الضمان كان ملكه بالضمان بطريق الغصب ولا أجر عليه في ملكه وههنا لا يملك شيئا بهذا الضمان مما شغله بركوب نفسه وجميع المسمى بمقابلة ذلك وانما يضمن ما شغله بركوب الغير ولا أجر بمقابلة ذلك ليسقط عنه (قوله ولا معتبر بالثقل) الثقل بوزن الكبر خلاف الخفة والثقل الحمل (قوله كعدد الجناة في الجنايات) حتى اذا جرح رجل جراحة واحدة والآخر عشر جراحات خطأ فمات فالدية بينهما انصافا لانه ربما يكون جراحة واحدة أكثر تأثيرا من عشر جراحات فكذلك سقط اعتبار الثقل لما ذكر واعتبر عدد الراكب وان استأجرها ليحمل عليها مقدارا من الحنطة فحمل عليها أكثر منه فعطبت ضمن مازاد الثقل وهذا بخلاف ما اذا استأجر ثورا ليطحن به عشرة مخاتيم حنطة فطحن أحد عشر مختوما فهلك فانه يضمن جميع قيمته لان الطحن يكون شيئا فشيئا فلما طحن عشرة مخاتيم انتهى اذن المالك فبعد ذلك هو في الطحن مخالف في جميع الدابة مستعمل لها بغير اذن المالك فبعد ذلك يضمن جميع قيمتها فأما الحمل فيكون جملة واحدة فهو في البعض مستعمل لها باذن المالك وفي البعض مخالف فيتوزع الضمان على ذلك (قوله فانقسم عليهما) مثل

قال المصنف (وان استأجرها ليركبها فاردف معه رجلا) أقول قال صاحب الكفاية قيد بقوله رجلا لانه لو أردف صبيا لا يستمسك ضمن مازاد الثقل وان كان صبيا يستمسك فهو كالرجل انتهى الا أن الدليل الثاني يدل على خلاف ذلك قال (قوله قيل وانما قيد الى قوله لانه بمنزلة الحمل) أقول الا أن قوله ولان الآدمي غير موزون يدل على خلاف ذلك ولعل تصدير الكلام بصيغة التمريض لذلك (قوله لعدم الاذن فيها أصلا لخروجه عن العادة) أقول فيه تامل ولعل المراد لعدم اعتبار الاذن فانه لما كان ما حمله خارجا عن العادة ظهر أنه قصد اتلاف الدابة فلم يبق لاعتبار الاذن معنى

الزيادة من الجنس وأجيب بان الطحن انما يكون شيأ فشيأ فاذا طحن العشرة انتهى الاذن فبعد ذلك هو في الطحن مخالف في استعمال الدابة بغير الاذن فيضمن الجميع فاما في الحمل فيكون جملة واحدة فهو ماذون في بعض دون بعض فيوزع الضمان على ذلك وبهذا يندفع ماقيل على ما اذا استاجرها ليركبها فاردف بها رجلا فانه يجب عليه ضمان كل القيمة لانه اذا استاجرها ليركبها بنفسه فاركبها غيره ضمن جميع القيمة فاذا أردف فقد أركب غيره وركب أيضا فركوبه زيادة ضرر عليها فان لم يوجب زيادة لا يوجب نقصانا لا محالة لانه في الاركاب متفردا مخالف من كل وجه وفي الارداف ماذون من كل وجه دون وجه وهو يقع جملة كما مر قال (وان كبح الدابة بلجامها الخ) وان كبح الدابة بلجامها أي جذبها الى نفسه لتقف ولا تجرى أو ضربها فعطبت ضمن عند أبي حنيفة وقالا لا يضمن اذا فعل فعلا متعارفا لان المتعارف مما يدخل تحته مطلق العقد وما يدخل تحته لا يوجب الضمان لحصوله باذنه وفي عبارته تسامح لان المتعارف مراد بمطلق العقد لا داخل تحته والجواب أن اللام في المتعارف للعهد أي الكبح المتعارف أو الضرب المتعارف وحينئذ يكون داخلا لا مرادا لان العقد المطلق يتناوله وغيره ولابي حنيفة القول بالموجب أي سلمنا أنه حاصل بالاذن لكن الاذن فيما ينتفع به الماذون مقيد بشرط السلامة اذا أمكن تحقق المقصود بها وههنا ممكن اذ يتحقق السوق بدونه فصار كالمرور في الطريق (وان استاجرها الى الحيرة) بكسر الحاء المهملة مدينة كان يسكنها النعمان بن المنذر وهي على رأس ميل من الكوفة (فجاوز بها الى القادسية) موضع بينه وبين الكوفة خمسة عشر ميلا (ثم ردها الى الحيرة ثم نفقت ضمنها وكذلك العارية)

قال (وان كبح الدابة بلجامها أو ضربها فعطبت ضمن عند أبي حنيفة وقالا لا يضمن اذا فعل فعلا متعارفا) لان المتعارف مما يدخل تحت مطلق العقد فكان حاصلا باذنه فلا يضمنه ولابي حنيفة رحمه الله ان الاذن مقيد بشرط السلامة اذ يتحقق السوق بدونه وانما هما للمبالغة فيتقيد بوصف السلامة كالمرور في الطريق قال (وان استأجرها الى الحيرة فجاوز بها الى القادسية ثم ردها الى الحيرة ثم نفقت فهو ضامن وكذلك العارية) وقيل

بمنزلة الحمل انتهى وقال بعض الفضلاء الا أن قوله ولان الآدمي غير موزون يدل على خلاف ذلك ولعل تصدير الكلام بصيغة التمريض لذلك اه (أقول) ليس الامر كذلك لان الصبي الذي لا يستمسك بنفسه لما صار بمنزلة الحمل صار بمنزلة غير الآدمي فلم يدخل تحت قوله ولان الآدمي غير موزون فلم يكن ما قيل على خلاف ذلك الدليل ويرشد اليه ماذكره صاحب النهاية حيث قال ثم الفقه في اعتبار عدد الراكب في الآدمي لا الثقل هو ان الآدمي مخصوص بعلم الفروسية وعن هذا قال شمس الائمة الحلواني هذا الذي ذكره من الجواب فيما اذا أردف مثله وأما اذا أردف صبيا يضمن بقدر ثقله لكن هذا في الصبي الذي لا يستمسك بنفسه وكان مثله بمنزلة الحمل كذا في التتمة الى هنا لفظ النهاية تامل ترشد ثم انه لا مجال للقصد الى تضعيف ذلك القول لانه مما تقرر في عامة معتبرات الفتاوى وناهيك بقول شمس الائمة الحلواني ذلك الامام المحقق ومن العجائب ههنا أنه لما قال صاحب الكافي ولان الآدمي لا يوزن بالقبان بدل قول صاحب الهداية ولان الآدمي غير موزون نقله الشارح العيني وقال فيه نظر وقد شاهدنا كثيرا من الناس وزنوا أنفسهم بالقبان ليعرفوا اوزانها ولكن لا ينضبط هذا على مالا يخفى انتهى فكأنه زعم أن مراد صاحب الكافي أنه لا يمكن أن يوزن الآدمي بالقبان أصلا وهل يوجد في العالم من الممكنات القائمة بذاتها شئ لا يمكن أن يوزن أصلا الا أن يكون مجردا أو جسما لطيفا (قوله وقالا لا يضمن اذا فعل فعلا متعارفا لان المتعارف مما يدخل تحت مطلق العقد الخ) قال صاحب العناية وفي عبارته تسامح لان المتعارف مراد بمطلق العقد لا داخل تحته والجواب أن اللام في المتعارف للعهد أي الكبح المتعارف أو الضرب المتعارف وحينئذ يكون داخلا لا مرادا لان العقد المطلق يتناوله وغيره اه كلامه وتصرف بعض الفضلاء في كل من جانبي السؤال والجواب أما في الاول فبان قال ويجوز أن يقال المراد بالدخول عدم الخروج وأما في الثاني فبان قال ولعل الاولى أن يقال أي الفعل المتعارف اه (أقول) كل

أن يستاجر دابة ليحمل عليها مائة من الحنطة فحمل مائة وعشرة يقسم على أحد عشر جزأ فيضمن جزأ (قوله وان كبح الدابة بلجامها) أي ردها وهو أن يجذبها الى نفسه لتقف ولا تجرى (قوله لان المتعارف مما يدخل تحت مطلق العقد) لان المعروف عرفا كالمشروط شرطا وربما لا تنقاد الدابة الا به فيكون الاذن ثابتا منه بالعرف (قوله كالمرور في الطريق) وجه الالحاق به من حيث حصول المنفعة بذلك الفعل للفاعل لا لغيره وذلك لانه ان أبيح له الضرب ههنا انما أبيح لمنفعة نفسه لا لحق المالك فان حق المالك في الاجر يتقرر بدونه ومثله يتقيد بشرط السلامة كالرمي الى الصيد بخلاف ما اذا أذن المالك فيه نصا فان بعد الاذن فعله كفعل المالك وهذا اذا ضرب به ضربا يضرب بمثله أما اذا لم يكن بهذه المثابة يضمن بالاجماع لانه غير داخل تحت العقد لا نصا ولا عرفا الحيرة بالكسر مدينة كان يسكنها النعمان بن المنذر وهي على رأس ميل من الكوفة والقادسية موضع بينه وبين الكوفة خمسة عشر ميلا كذا في المغرب (قوله وكذلك العارية) يعني اذا استاجر

(قوله وفي عبارته تسامح لان المتعارف مراد الخ) أقول ويجوز أن يقال المراد بالدخول عدم الخروج (قوله أي الكبح المتعارف) أقول ولعل الاولى أن يقال أي الفعل المتعارف (قوله اذا أمكن تحقق المقصود بها الخ) أقول الضمير في قوله بها راجع الى قوله السلامة (قوله اذ يتحقق السوق بدونه) أقول اي بدون الضرب كتحريك الرجلين والصياح

واختلاف المشايخ فى معنى هــذا الموضع فنهــم من أول المسئلة بان المراد هو ان استاجرها ذاهبا فقط لينتهــى العقد بالوصول الى الحيرة فلا يصير المستأجر بالعود من القادسية اليه مردود الى يد المالك معنى فانه لما كان مودعا معنى فهو نائب المالك والرد الى النائب رد الى المالك معنى أما اذا استاجرها ذاهبا وجائيا كان بمنزلة المودع اذا خالف ثم عاد الى الوفاق ومنهم من أجرى على الاطلاق وفرق بينه وبين المودع بان المودع مامور بالحفظ مقصودا وهو ظاهر وكل من هو كذلك يبقى مامورا بالحفظ بعد العود الى الوفاق لقوة الامر لكونه مقصودا وحينئذ يكون الرد رد الى نائب المالك والمستأجر والمستعير مامور ان بالحفظ تبعا للاستعمال لا مقصود فاذا انقطع الاستعمال بالتجاوز عن الموضع المسمى انقطع ما هو تابع له وهو الحفظ فلم يبق نائبا ليكون الرد ردا اليه ولا يبرأ الا بالرد الى المالك أو نائبه ونوقض بغاصب الغاصب اذا رد المغصوب عــلى الغاصب فانه يبرأ وان لم يوجد الرد على أحد هذين والجواب أن الرد على أحدهما يوجب البراءة البتة وليس كل ما يوجب البراءة يجب أن يكون الرد على أحدهما لجواز أن تحصل البراءة بسبب آخر والسبب فى غاصب الغاصب هو الرد الى من لم يوجد منه سبب ضمان يرتفع بالرد عليه ضمانه من قبل فان قيل الرد الى المالك أو نائبه ازالة للتعدى (٣٠) وهو يصلح متبرئا عن الضمان والرد الى من لم يوجد منه سبب ضمان يرتفع بالرد عليه ضمانه من قبل ليس كذلك فلا نسلم صلاحيته لذلك فالجواب أن الرد على الغاصب رد على من عليه ضمان الغاصب الاول وتقــرر الضمــان عــلى الغاصب يوجب سقوطه عن غاصب الغاصب لئلا يلزم كون الشئ مضمونا بضمانين قيل الحاق العارية بالاجارة بقــوله وكذلك العارية وعكسه ليس بمستقيم لثبوت التفرقــة بينهــما فان يد المستأجر كيد المالك حيث يرجع بما يلحقه من الضمان على المالك كالمودع ومؤنة الرد على المالك كما فى الوديعة بخــلاف الاعارة والجواب أن الاتحاد بين الشيئين من كل وجه يرفع التعدد فلا بد من تفرقة ليتحقق الالحاق والاتحاد فى المناط كاف للالحاق وهو موجود فان المناط هو التجاوز عن المسمى متعديا ثم الرجوع اليه فيما لم يكن الحفظ فيه مقصودا وذلك موجود فيهما لا محالة (قوله وهــذا) أى قال الاجراء على الاطلاق أصح

تاويل هذه المسئلة اذا استأجرها ذاهبا لا جائيا لينتهــى العقد بالوصول الى الحيرة فلا يصير بالعود مردودا الى يد المالك معنى وأما اذا استأجرها ذاهبا وجائيا فيكون بمنزلة المودع اذا خالف ثم عاد الى الوفاق وقيل لا بل الجواب يجرى على الاطلاق والفرق أن المودع مأمور بالحفظ مقصودا فبقى الامر بالحفظ بعد العود الى الوفاق فحصل الرد الى يد نائب المالك وفى الاجارة والعارية يصير الحفظ مامورا به تبعا للاســتعمال لا مقصودا فاذا انقطع الاستعمال لم يبق هو نائبا فلا يبرأ بالعود وهذا أصح

من تصرف فيه ساقط أما الاول فلأن كون المراد بالدخول عدم الحروج لا يدفع التسامح فى العبارة فان ذلك المعنى خلاف الظاهر من لفظ الدخول جدا فارادة ذلك منه عين التسامح فى العبارة وأما الثانى فلانه لو قال فى تفســير المعهود أى الفعل المتعارف لم يتم الجواب اذ الفعل المتعارف مطلقا مراد بمطلق العقد لا داخل تحته وانما الداخل تحتــه الفــعل المتعارف المخصوص وهو ههنا الكبح المتعارف أو الضرب المتعارف وان أراد بالفــعل المتعارف فى التفســير الكبح المتعارف أو الضرب المتعارف دون الفعل المتعارف مطلقا احتاج الى تفسير آخر فى تبيين المراد فالاولى ما فى العناية كما لا يخفى (قوله وفى الاجارة والاعارة يصــير الحفظ مامورا به تبعا للاســتعمال لا مقصودا فاذا انقطع الاســتعمال لم يبق هو نائبا فلا يبرأ بالعود) فانه لما جاوز الحيرة صار دابة الى موضع معلوم وجاوز عنها ثم عاد اليها ثم هلكت يضمن (قوله وقيــل الجواب يجرى على الاطلاق) وهو أنه يضــمن فى كل حال (قوله وفى الاجارة والاعارة يصــير الحفظ مامورا به تبعا للاستعمال) يريد به أن المالك ما أمر المستاجر والمســتعير بالحفظ قصــدا ونصا وانمــا أمرهما بالاستعمال والانتفاع فكان لهما ولاية الحفظ ضرورة الانتفاع فاذا جاوز الحيرة صار غاصــبا للدابة ودخلت فى ضمانه والغاصب لا يبرأ عن الضمان الا بالرد على المالك أو على من هو مامور بالحفظ من جهة المالك ولم يوجــد فان قيــل لا كذلك فان غاصب الغاصب اذا رد المغصوب على الغاصب فانه يبرأ وان لم يوجد الرد الى أحــد هذين قلنا ثم يد فى المأخذ أو على من يؤخذ منه فسبب الضمــان يرتفع بالرد عليه كذا فى الفوائد الظهيرية وقد طعن عيسى رحمــه الله فقال يد المستاجر كيد المالك بدليل أنه يرجع بما لحقه على المالك بخلاف المســتعير وبدليــل ان مؤنة الرد على

(قوله فانه لمــا كان مودعا معنى الخ) أقول تامل فى هذا التعليل (قوله ونوقض بغاصب الغاصب الى قوله على أحد هذين) أقول لا يبعد أن يقال ان الغاصب فى عرضــية أن يكون مالكا بسبب تقرر الضمــان عليه فكان الرد اليه كالرد على المالك (قوله لجواز أن تحصل البراءة بسبب آخر) أقول لا يقال كيف يستقيم الحصر المدلول عليه بقوله ولا يبرأ الا بالرد الى المالك أو نائبه لظهور صحته بالنظر الى ما نحن بصدده نعم قد يكون المستاجر الذى فعل ما فعل مستاجرا من غاصب الدابة فتدبر (قوله قيل الحاق العارية) أقول القائل عيسى بن أبان (قوله والجواب أن الاتحاد بين الشيئين من كل وجه الخ) أقول فيه نوع تامل فان مراد القائل أنه اذا كان يد المستاجر كيد المالك ينبغى أن يبرأ المستاجر عن الضمــان فيمــا نحن فيه بالرد الى يده ولا كذلك العارية فالمناسب فى الجواب هو التعرض لدليله بانه لا يلزم منه مطلوبه كما فعل غيره من الشراح فليتامل

(ومن اكترى حمارا بسرج) فاستعماله به موافقة فان نزع فاما أن يستعمله بسرج آخر او إكاف وكل منهما على قسمين اما أن يسرج بسرج يسرج بمثله الحمر أو لا وكذلك الاكاف فان أسرج بذلك فلا ضمان عليه لانه لما كان مثله تناوله الاذن اذ لا فائدة في التقييد بغيره أي من حيث المنع يعني لا فائدة في القول بان هذا مقيد بان لا يسرج بغير هذا السرج الذي عينه صاحبها اذا كان غيره مماثله وفي بعض النسخ في التقييد بعينه وهو واضح وقوله (الا اذا كان زائدا عليه في الوزن) استثناء من قوله فلا ضمان عليه فان الزائد لم يتناوله الاذن فكان ماذونا في المسمى غير ماذون في الزيادة وفي مثله يضمن الزيادة اذا كانت من جنس المسمى وتوضع على الدابة دفعة كما تقدم في الحنطة وان أسرج بما لا يسرج به مثله مثل أن يسرجه بسرج البرذون ضمن القيمة كلها لانه لم يتناوله الاذن من جهته فصار مخالفا (وان أوكفه باكاف لا يوكف بمثله الحمر يضمن لما قلنا في السرج) انه لم يتناوله الاذن (وهذا أولى) لانه من خلاف جنسه (وان أوكفه باكاف يوكف بمثله الحمر يضمن عند أبي حنيفة) ولم يبين مقدار المضمون اتباعا لرواية الجامع الصغير لانه لم يذكر فيه أنه ضامن لجميع القيمة ولكنه قال هو ضامن وذكر في الاجارات يضمن بقدر ما زاد فمن المشايخ من قال ليس في المسئلة روايتان وانما المطلق محمول على المفسر ومنهم من قال فيها روايتان في رواية الاجارات يضمن بقدر ما زاد وفي رواية الجامع الصغير يضمن جميع القيمة قال شيخ الاسلام وهذا أصح وتكلموا في معنى قول أبي يوسف ومحمد يضمن بحسابه وهو احدى الروايتين عن أبي حنيفة فمنهم من قال المراد المساحة حتى اذا كان السرج ياخذ من ظهر الدابة قدر شبرين والاكاف قدر أربعة أشبار يضمن نصف قيمتها ومنهم من قال معناه بحسابه

قال (ومن اكترى حمارا بسرج فنزع السرج وأسرجه بسرج يسرج بمثله الحمر فلا ضمان عليه) لانه اذا كان مماثل الاول تناوله اذن المالك اذ لا فائدة في التقييد بغيره الا اذا كان زائدا عليه في الوزن فحينئذ يضمن الزيادة (وان كان لا يسرج بمثله الحمر ضمن) لانه لم يتناوله الاذن من جهته فصار مخالفا (وان أوكفه باكاف لا يوكف بمثله الحمر يضمن) لما قلنا في السرج وهذا أولى (وان أوكفه باكاف يوكف بمثله الحمر يضمن عند أبي حنيفة وقالا يضمن بحسابه)

غاصبا للدابة ودخلت الدابة في ضمانه والغاصب لا يبرأ عن الضمان الا بالرد على المالك أو على من هو مامور بالحفظ من جهة المالك ولم يوجد كذا في الكافي وعامة الشروح ونوقض بغاصب الغاصب اذا رد المغصوب على الغاصب فانه يبرأ وان لم يوجد الرد على أحد هذين وأجيب عنه في النهاية وكثير من الشروح بانا نزيد في المأخذ فنقول انما يبرأ بالرد الى أحد هذين أو الى من لم يوجد منه سبب ضمان يرتفع بالرد عليه ضمانه من قبل والغاصب الاول لم يوجد منه سبب ضمان يرتفع بالرد عليه وعزاه في النهاية ومعراج الدراية الى الفوائد الظهيرية وقال في العناية والجواب أن الرد على أحدهما يوجب البراءة البتة وليس كل ما يوجب البراءة يجب أن يكون الرد على أحدهما لجواز أن تحصل البراءة بسبب آخر والسبب في غاصب الغاصب هو الرد الى من لم يوجد منه سبب ضمان يرتفع بالرد عليه ضمانه من قبل اه (أقول) يرد عليه أن قوله وليس كل ما يوجب البراءة يجب أن يكون الرد على أحدهما لجواز أن تحصل البراءة بسبب آخر مما ينافيه الحصر المستفاد من قولهم والغاصب لا يبرأ عن الضمان الا بالرد على المالك أو على من هو مامور بالحفظ من جهة المالك ومورد النقض ليس الا الحصر المستفاد من تلك المقدمة اللهم الا أن يحمل ذلك الحصر على القصر الاضافي دون الحقيقي فالمعنى أن الغاصب لا يبرأ الا بالرد على أحدهما لا بالعود فلا ينافيه جواز أن تحصل البراءة بسبب آخر وقصد بعض الفضلاء أن يجيب عما يرد على ما في العناية بوجه آخر حيث قال لا يقال كيف يستقيم الحصر المدلول عليه بقوله ولا يبرأ الا بالرد الى المالك أو نائبه لظهور صحته بالنظر الى ما نحن فيه نعم قد يكون المستاجر الذي فعل ما فعل مستأجرا من غاصب الدابة فتدبر اه كلامه (أقول) ليس ذلك بمستقيم لان قولهم والغاصب لا يبرأ الا بالرد على المالك أو نائبه في حيز الكبرى من الشكل الاول بان يقال المستاجر فيما نحن فيه غاصب

المالك في الاجارة دون العارية كما نقول رجوعه بالضمان للغرور والتمكن بسبب عقد المعاوضة وذلك لا يدل على ان يده ليست بيد نفسه كالمشتري يرجع بضمان الغرور وكذلك مؤنة الرد على المالك لما فيه من المنفعة في النقل فاما يد المستاجر بدنفسه كذا في المبسوط (قوله اذ لا فائدة في التقييد بغيره) وهو الذي اكترى به ونزعه لان الذي أسرجه به مثل الذي اكترى به وهو نظير ما لو استاجر الحمار ليحمل عليه عشرة مخاتيم من حنطة نفسه فحمل عليه عشرة مخاتيم من حنطة غيره (قوله وان كان لا يسرج بمثله الحمر) بان أسرج الحمار بسرج البرذون ضمن أي جميع القيمة (قوله وهذا أولى) لانه لما ضمن بالسرج الآخر مع أنه من جنسه فالضمان بالاكاف مع أنه من خلاف جنسه أولى وان أوكفه باكاف يوكف بمثله الحمر ذكر هذه المسئلة

قال المصنف (ومن اكترى حمارا بسرج الخ) أقول اذا استاجر حمارا بسرج فاسرجه بسرج لا يسرج بمثله الحمر فهو ضامن بقدر ما زاد باتفاق الروايات بالاجماع وان كان السرج الثاني أخف من الاول أو مثله فلا ضمان كذا في الفصل السابع والعشرين من اجارات المحيط البرهاني ولا يخفى عليك مخالفته لما في الهداية (قوله يعني لا فائدة في القول بان هذا مقيد بان لا يسرج بغير هذا السرج الخ) أقول ولا يبعد أن يقال الضمير في قوله غيره راجع الى سرج يسرج بمثله الحمر كالضمائر السابقة فالمراد بغيره هو غير السرج الذي عينه صاحبها فتامل

لانه اذا كان يوكف بمثله الحمر كان هو والسرج سواء فيكون المالك راضيا به الا اذا كان زائدا على السرج في الوزن فيضمن الزيادة لانه لم يرض بالزيادة فصار كالزيادة في الحمل المسمى اذا كان من جنسه ولابي حنيفة رحمه الله أن الاكاف ليس من جنس السرج لانه للحمل والسرج للركوب وكذا ينبسط أحدهما على ظهر الدابة مالا ينبسط عليه الآخر فكان مخالفا

بمجاوزة الحيز وكل غاصب لا يبرأ عن الضمان الا بالرد على المالك أو نائبه فهو لا يبرأ عنه الا بأحدهما ولا يوجد هنا شيء منهما فظهر صحة الحصر بالنظر الى ما نحن فيه لا يفيد صحته بالنظر الى كلية الكبرى والكلام فيها ولو كان مراد صاحب العناية بقوله ولا يبرأ الا بالرد الى المالك أو نائبه أن المستأجر فيما نحن فيه لا يبرأ الا بالرد على أحدهما لا ان الغاصب مطلقا لا يبرأ الا بالرد على أحدهما لما كان للنقض بغاصب الغاصب اذا رد المغصوب على الغاصب مساس بكلامه فلا يكون لذكره وجوابه عنه وجه فان قيل يجوز أن يكون مراده حينئذ بغاصب الغاصب في النقض هو المستأجر الذي استأجر من غاصب الدابة وفعل ما فعل الغاصب لا غاصب الغاصب مطلقا فيكون للنقض المزبور مساس بكلامه أيضا قلنا فلا يصح الحصر المزبور اذ ذاك بالنظر الى ما نحن فيه أيضا فلا يتم المطلوب فالمخلص في الجملة لتصحيح ما في العناية انما هو حمل الحصر على القصر الاضافي كما نبهنا عليه من قبل قال في النهاية فان قلت الحاق الاجارة بالعارية في حكم الضمان غير مستقيم لما أن يد المستأجر كيد المالك حتى يرجع بما يلحقه من الضمان على المالك كالمودع بخلاف المستعير وكذلك مؤنة الرد على المالك في الاجارة كما في الوديعة بخلاف الاعارة قلت هذا هو الذي تشبث به عيسى بن أبان في الطعن في جواب الكتاب ولكنا نقول رجوعه بالضمان للغرور المتمكن بعقد المعاوضة وذلك لا يدل على أن يده ليست كيد نفسه كالمشتري يرجع بضمان الغرور وكذلك مؤنة الرد عليه لما قلنا من المنفعة له في النقل فاما يد المستأجر يد نفسه لانه هو المنتفع في امساك العين المستأجرة اذ لو لم يكن له في امساك العين نفع لما اختار امساك العين على ماله من الاجرة اهـ وعلى هذا المنوال ذكر طعن عيسى بن أبان والجواب عنه في كثير من الشروح وعزا في الكفاية الى المبسوط وقال في العناية قيل الحاق الاعارة بالاجارة بقوله وكذلك العارية وعكسه ليس بمستقيم لثبوت التفرقة بينهما فان يد المستأجر كيد المالك حيث يرجع بما يلحقه من الضمان على المالك كالمودع ومؤنة الرد على المالك كما في الوديعة بخلاف الاعارة والجواب أن الاتحاد بين الشيئين من كل وجه يرفع التعدد فلا بد من تفرقة

في الاجارات فقال يضمن بقدر ما زاد وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ومن مشايخنا من قال ليس في المسئلة اختلاف الروايتين عن أبي حنيفة رحمه الله لانه لم يذكر في الجامع الصغير أنه ضامن جميع القيمة ولكنه قال هو ضامن ولم يبين أي قدر يضمن فكان المطلق محمولا على المفسر ومنهم من قال عن أبي حنيفة رحمه الله روايتان في رواية الاجارات يضمن بقدر ما زاد وفي رواية هذا الكتاب يضمن جميع القيمة قال شيخ الاسلام خواهر زاده وهو الاصح وتكلموا في معنى قول أبي يوسف رحمه الله يضمن بحسابه وهو احدى الروايتين عن أبي حنيفة رحمه الله منهم من قدر ذلك بالمساحة حتى لو كان السرج يأخذ من ظهر الدابة قدر شبرين والاكاف قدر أربعة أشبار يضمن نصف القيمة وقيل معناه بحسابه في الثقل والخفة حتى لو كان ثقل الاكاف ضعف ثقل السرج يضمن نصف قيمته فان قيل التفاوت بين السرجين دون التفاوت بين السرج والاكاف لان السرج جنس واحد أما الاكاف فمخالف للسرج جنسا فيجب ان لا يضمن جميع قيمة الدابة عندهما كما لو أوكف السرج قلنا التفاوت بين السرجين دون التفاوت بين السرج والاكاف في الصورة والانتفاع المطلوب منهما أما في حق الاضرار بالدابة فالتفاوت بين سرج الحمر وبين اكاف يوكف به الحمر أقل من التفاوت بين سرج الحمر وسرج البراذين والضمان حكم يتعلق بالضرر (قوله لانه للحمل والسرج للركوب) اشارة الى المخالفة المعنوية (وقوله وكذا ينبسط الخ) اشارة الى المخالفة الصورية فتحققت المخالفة صورة ومعنى فيضمن كما اذا حمل الحديد وقد شرط له الحنطة لوجود المخالفة صورة ومعنى أما صورة فظاهر وأما معنى فلان

في الثقل والخفة حتى اذا كان وزن السرج منوين والاكاف ستة أمناء يضمن ثلثي قيمتها واليه أشار المصنف في الدليل حيث قال (لانه اذا كان يوكف بمثله الحمر كان هو والسرج سواء فيكون المالك راضيا به الا اذا كان زائدا على السرج في الوزن فيضمن الزيادة لانه لم يرض بها فصار كالزيادة في الحمل المسمى اذا كان من جنسه ولابي حنيفة أن الاكاف ليس من جنس السرج لانه للحمل والسرج للركوب وينبسط أحدهما على الظهر أكثر من الآخر) فصار كما لو سمى حنطة وحمل بوزنها شعيرا فانه يضمن لان الشعير ينبسط على ظهر الدابة أكثر من الحنطة (فكان مخالفا)

وقوله (كما اذا جعل الحديد وقد شرط له الحنطة) فيه نظر لانه عكس ما نحن فيه من المثال الا اذا جعل ذلك مثالا للمخالفة فقط من غير نظر الى الانبساط وعدمه (ومن استأجر جمالا ليحمل له طعاما فى طريق كذا فسلك غيره) فلا يخلو اما أن يكون ما سلكه مما يسلكه الناس أولا فان كان الاول فاما أن يكون بين الطريقين تفاوت بان يكون أحدهما أوعر أو أخوف أو نحو ذلك أولا فان كان الثانى فلا ضمان عليه لان التقييد اذ ذاك غير مفيد وان كان الاول ضمن لصحة التقييد لكونه مفيدا فان قيل محمد أطلق الرواية لانه لا ضمان عليه فيما اذا أخذ فى الطريق الذى يسلكه الناس ولم يقيد فى هذا التفصيل أجاب بقوله (الا أن الظاهر عدم التفاوت اذا كان الطريق يسلكه الناس فلم يفصل) وان كان الثانى أعنى ما لا يسلكه الناس فهلك ضمن لصحة التقييد فصار مخالفا واذا بلغ فله الاجر لانه ارتفع الخلاف معنى وان بقى صورة (وان حمله فى البحر فيما يحمله الناس فى البر ضمن لفحش التفاوت بين البر والبحر) حتى ان للمودع أن يسافر بالوديعة فى طريق البر دون البحر (فان بلغ فله الاجر) لانه ارتفع الخلاف بحصول المقصود وارتفاع الخلاف معنى وان بقى صورة قال (ومن استأجر أرضا ليزرعها حنطة الخ) ومن استأجر أرضا لزراعة شئ فزرع مثله فى الضرر بالارض وما هو أقل منه يجب الاجر لانه موافقة أو مخالفة الى خير وزرع ما هو أضر بها كالرطاب فيمن استأجرها لزراعة الحنطة فمخالفة الى شئ يصير به المستأجر غاصبا فيجب عليه ضمان ما نقص ويسقط الاجر لان الاجر والضمان لا يجتمعان اذ الاجر يستلزم عدم التعدى والضمان يستلزمه وتنافى اللوازم يدل على تنافى الملزومات وقوله (ومن دفع الى خياط ثوبا) ظاهر وقوله (وينتفع به انتفاع القميص) يريد به ستر العورة ودفع الحر والبرد وقوله (لقصور جهة الموافقة) لان صاحب الثوب رضى بالمسمى مقابلا بخياطة القميص دون

كما اذا جعل الحديد وقد شرط له الحنطة قال (وان استأجر جمالا ليحمل له طعاما فى طريق كذا فأخذ فى طريق غيره يسلكه الناس فهلك المتاع فلا ضمان عليه وان بلغ فله الاجر) وهذا اذا لم يكن بين الطريقين تفاوت لان عند ذلك التقييد غير مفيد أما اذا كان تفاوت يضمن لصحة التقييد فان التقييد مفيد الا أن الظاهر عدم التفاوت اذا كان طريقا يسلكه الناس فلم يفصل (وان كان طريقا لا يسلكه الناس فهلك ضمن) لانه صح التقييد فصار مخالفا (وان بلغ فله الاجر) لانه ارتفع الخلاف معنى وان بقى صورة قال (وان حمله فى البحر فيما يحمله الناس فى البر ضمن) لفحش التفاوت بين البر والبحر (وان بلغ فله الاجر) لحصول المقصود وارتفاع الخلاف معنى قال (ومن استأجر أرضا ليزرعها حنطة فزرعها رطبة ضمن ما نقصها) لان الرطاب أضر بالارض من الحنطة لانتشار عروقها فيها وكثرة الحاجة الى سقيها فكان خلافا الى شر فيضمن ما نقصها (ولا أجر له) لانه غاصب للارض على ما قررناه قال (ومن دفع الى خياط ثوبا ليخيطه قميصا بدرهم فخاطه قباء فان شاء ضمنه قيمة الثوب وان شاء أخذ القباء وأعطاه أجر مثله لا يجاوز به درهما) قيل معناه القرطق الذى هو ذو طاق واحد لانه يستعمل استعمال القميص وقيل هو مجرى على اطلاقه لانهما يتفاوتان فى المنفعة وعن أبى حنيفة أنه يضمنه من غير خيار لان القباء خلاف جنس القميص ووجه الظاهر أنه قميص من وجه لانه يشد وسطه فمن هذا الوجه يكون مخالفا لان القميص لا يشد وينتفع به انتفاع القميص فجاءت الموافقة والمخالفة فيميل الى أى الجهتين شاء الا أنه يجب أجر المثل لقصور جهة الموافقة ولا يجاوز به الدرهم المسمى كما هو الحكم فى سائر الاجارات الفاسدة على ما نبينه فى بابه ان شاء الله تعالى ولو خاطه سراويل وقد أمر بالقباء قيل يضمن من غير

ليتحقق الالحاق والاتحاد فى المناط كاف للالحاق وهو موجود فان المناط هو التجاوز عن المسمى متعديا ثم الرجوع اليه فيما لم يكن الحفظ فيه مقصودا وذلك موجود فيهما لامحالة اهـ (أقول) هذا الجواب ليس بمستقيم لان الاتحاد فى المناط المزبور غير كاف للالحاق على تقدير ثبوت التفرقة المذكورة فى الطعن بل

الحديد يجتمع فى موضع من ظهر الدابة فيكون أشق كذا هنا أيضا (قوله أما اذا كان يضمن) أى أما اذا كان تفاوت بين الطريقين يضمن والتفاوت هو ان يكون الطريق الذى أخذ فيه بالسلوك أوعر أو أبعد أو أخوف ثم هلك المتاع يضمن (قوله فلم يفصل) أى فلم يفصل محمد رحمه الله فى الجواب بناء على ان الظاهر عدم التفاوت فى الطريقين اذا كانا مسلوكين (قوله لانه غاصب للارض على ما قررناه) اشارة الى قوله لان الرطاب أضر بالارض من الحنطة الخ فلا يكون مستوفيا ما يتناوله العقد فان قيل لا كذلك فان المعقود عليه منفعة الارض بالزراعة وقد استوفى ذلك بزراعة الرطبة ولكنه زاد على القدر المستحق عليه فينبغى أن يجب الاجر عليه قلنا ضرر الحنطة على الارض أقل من ضرر الرطبة فالحنطة تزرع فى كل سنة والرطبة لا تزرع فى كل سنة ولكنها تنمو فى كل سنة الى ان يبلى أصلها فكان الجنس مختلفا ومع اختلاف الجنس لا يكون هو مستوفيا للمعقود عليه ثم لا بد من ايجاب نقصان الارض عليه والاجر مع الضمان لا يجتمعان وان زرع فى الارض ما هو أقل ضررا من الحنطة يلزمه الاجر المسمى لانه خلاف الى خير فلم يصر به غاصبا (قوله قيل معناه القرطق الذى هو ذو طاق واحد) القرطق قباء ذو طاق وهو الذى يلبسه الاتراك مكان القميص (قوله وقيل هو مجرى على اطلاقه) لانه أطلق فى الكتاب فدل ذلك على ان الحكم فى الكل واحد لانهما يتقاربان فى المنفعة من

(قوله لان صاحب الثوب الخ) أقول تعليل لقوله يجب أجر المثل بعد ما علل بقوله لقصور جهة الموافقة

القياء والباقي ظاهر *(باب الاجارة الفاسدة)* تاخير الاجارة الفاسدة عن صحيحها لا يحتاج الى معذرة لوقوعها في محلها قال (الاجارة تفسدها الشروط) تفسد الاجارة بالشروط التي فساد البيع بها لانها بمنزلته في كون كل واحد منهما يقبل الاقالة والفسخ والواجب في الاجارة التي فسدت بالشروط الاقل من أجر المثل والمسمى وانما جعلت اللام في قوله في الاجارة الفاسدة للعهد كما رأيت لسياق الكلام ودفعا لما قيل الاقل من الاجر والمسمى انما يجب اذا فسدت بشرط أما اذا فسدت لجهالة المسمى أو لعدم التسمية وجب أجر المثل بالغا ما بلغ نقله في النهاية عن الذخيرة والمغني وفتاوى قاضيخان

أي يجب أجر المثل ولا يجب المسمى لقصور جهة الموافقة لان صاحب الثوب الخ *(باب الاجارة الفاسدة)* (قوله وانما

خيار للتفاوت في المنفعة والاصح أنه يخير للاتحاد في أصل المنفعة وصار كما اذا أمر بضرب طست من شبه فضرب منه كوزا فانه يخير كذا هذا والله أعلم *(باب الاجارة الفاسدة)*
قال (الاجارة تفسدها الشروط كما تفسد البيع) لانه بمنزلته ألا ترى أنه عقد يقال ويفسخ (والواجب في الاجارة الفاسدة أجر المثل لا يجاوز به المسمى)

لا يكون ذلك مناطا للالحاق في حكم الضمان فان يد المستأجر ان كان كيد المالك كان تعدي المستاجر بالتجاوز عن المسمى في حكم تعدي المالك في مال نفسه فلا ينبغي أن يضمن المستاجر شيئا بخلاف المستعير فلا يتم الحاق واحدة من الاجارة والعارية بالاخرى فالصواب في الجواب منع ثبوت التفرقة المذكورة بمنع دلالة ما ذكر في الطعن على كون يد المستاجر كيد المالك كما هو حاصل ما ذكر في النهاية وسائر الشروح على ما نقلناه آنفا (قوله كما اذا حمل الحديد وقد شرط له الحنطة) قال صاحب العناية فيه نظر لانه عكس ما نحن فيه من المثال الا اذا جعل ذلك مثالا للمخالفة فقط من غير نظر الى الانبساط وعدمه اه وقال الشارح العيني بعد نقل ما قاله صاحب العناية قلت ليس فيه عكس لان الحديد قدر وزن الحنطة المشروطة لا يأخذ من ظهر الدابة قدر ما تأخذه الحنطة وهذا ظاهر اه (أقول) بل فساد كلامه ظاهر لان تعليله ينافي ما ادعاه فان الحديد الذي هو قدر وزن الحنطة المشروطة اذا لم يأخذ من ظهر الدابة قدر ما تأخذه الحنطة المشروطة تعين العكس حيث كان ما حمله المستاجر على الدابة وهو الحديد أقل انبساطا على ظهر الدابة مما شرط له في العقد وهو الحنطة وقد كان فيما نحن فيه ما وضعه المكتري على الحمار وهو الاكاف أكثر انبساطا مما عين له في العقد وهو السرج وهو عكس ذلك لا محالة

(باب الاجارة الفاسدة)

تاخير الاجارة الفاسدة عن صحيحها لا يحتاج الى معذرة لوقوعها في محلها كما لا يخفى (قوله والواجب في الاجارة الفاسدة أجر المثل لا يجاوز به المسمى) قال جمهور الشراح أي الواجب فيها هو الاقل من أجر المثل ومن

حيث دفع الحر والبرد أو ستر العورة ولكل واحد منهما كمن وذيل ودخريص (قوله للاتحاد في أصل المنفعة) وهو اللبس والستر والله أعلم بالصواب

(باب الاجارة الفاسدة)

(قوله الاجارة تفسدها الشروط كما تفسد البيع) مثل أن يستأجر رحى ماء على أنه ان انقطع الماء فالاجر عليه لان هذا الشرط مخالف لموجب العقد فموجب العقد أن لا يجب الاجر الا بالتمكن من استيفاء المعقود عليه وكل شرط يخالف موجب العقد فهو مفسد للعقد لان الاجارة تنبني على المضايقة والمماكسة فتفسد بالشرط كالبيع لان اشتراطه يكون سببا للمنازعة ألا ترى ان النكاح لما بني على المسامحة والمساهلة لا يفسد بالشرط (قوله لا يجاوز به المسمى) أي الواجب الاقل من أجر المثل ومن المسمى وهذا اذا كان فساد

(قوله وانما جعلت اللام في قوله في الاجارة الفاسدة للعهد كما رأيت لسياق الكلام ودفعا لما قيل الاقل من الاجر والمسمى انما يجب اذا فسدت بشرط أما اذا فسدت لجهالة المسمى الخ) أقول وان كان بعضه معلوما وبعضه غير معلوم كما اذا استاجر الدار أو الحمام على أجرة معلومة بشرط أن يعمرها أو يرمها وقالوا اذا استاجر الدار على أن لا يسكنها المستاجر فسدت الاجارة ويجب عليه ان سكنها أجر المثل بالغا ما بلغ كذا في شرح الزيلعي فتامل اذا كان الحال ما سمعت هل يندفع مادة الاعتراض بجعل اللام للعهد قال في المحيط البرهاني اذا تكارى دارا من رجل سنة بمائة درهم على أن لا يسكنها فالاجارة فاسدة لانه شرط في الاجارة ما لا يقتضيه العقد وللمؤاجر فيه منفعة فانه اذا لم يسكن فيها المستاجر لا يعتلي بئر الوضوء والمخرج واذا سكن يعتلي واصلاح ذلك على الآجر فكان للآجر فيه منفعة من ذلك الوجه انتهى قال الاتقاني في شرح قوله ومن دفع الى حائك غزلا لينسجه بالنصف الخ لو قال آجرتك هذه الدار شهرا بعشرة على أن لا تسكنها فسدت هذه الاجارة وان سكنها يجب أجر المثل بالغا ما بلغ يزاد على المسمى ولا ينقص عنه وهذا أيضا يرجع الى جهالة المسمى في الحقيقة كذا قال الامام فخر الدين قاضيخان انتهى ولعل وجهه أن العاقدين لم يجعلا المسمى بمقابلة المنافع حيث شرط المستاجر أن لا يسكن ولا بمقابلة التسليم لانه لا يتحقق مع فساد العقد لان التسليم هو التخلية وهي التمكين كما سيجيء وذلك لا يتحقق مع الفساد لوجود المنع من الانتفاع به شرعا فاشبه المنع الحسي من العباد وقد مر فاذا سكن فقد استوفى منافع ليس في مقابلتها بدل فيجب أجر المثل بالغا ما بلغ كما اذا لم يذكر في العقد تسمية أصلا ولا ينقص عن المسمى لان المستاجر رضي

وقال

وقال زفر والشافعي يجب بالغا ما بلغ اعتبارا ببيع الاعيان ولنا أن المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد لحاجة الناس فيكتفى بالضرورة فى الصحيح منها الا أن الفاسد تبع له و يعتبر ما يجعل بدلا فى الصحيح عادة لكنهما اذا اتفقا على مقدار فى الفاسد فقد أسقطا الزيادة واذا نقص أجر المثل لم يجب زيادة المسمى لفساد التسمية

المسمى وقالوا هذا الحكم اذا كان فساد الاجارة بسبب شرط فاسد لا باعتبار جهالة المسمى ولا باعتبار عدم التسمية لانه لو كان باعتبار واحد منهما يجب الاجر بالغا ما بلغ كما صرح به فى الذخيرة والمغنى وفتاوى قاضيخان وقال صاحب العناية والواجب فى الاجارة التى فسدت بالشروط الاقل من أجر المثل والمسمى وقال انما جعلت اللام فى قوله فى الاجارة الفاسدة للعهد كما رأيت بسياق الكلام ودفعا لما قيل الاقل من الاجر ومن المسمى انما يجب اذا فسدت بشرط أما اذا فسدت لجهالة المسمى أو لعدم التسمية وجب أجر المثل بالغا ما بلغ نقله فى النهاية عن الذخيرة والمغنى وفتاوى قاضيخان اهـ كلامه (أقول) فيه شئ أما أولا فلان قوله والواجب فى الاجارة الفاسدة أجر المثل الخ لفظ القدورى فى مختصره ولا دلالة لسياق كلامه على كون اللام فى قوله المذكور للعهد لان قوله الاجارة تفسد بالشروط كما يفسد البيع لم يذكر فى مختصره قبيل قوله المذكور بل ذكر قبل مقدار الورقتين و وقع بينهما مسائل كثيرة من مسائل الاجارة الصحيحة والفاسدة بحيث لم يبق بينهما ارتباط فلا معنى لان يجعل سياق الكلام علة لجعل اللام فى قوله المذكور للعهد نعم قد ذكر ذلك فى البداية والهداية قبيل قوله المذكور كما ترى لكن الكلام فى تصحيح كلام القدورى وأما ثانيا فلانه لو كان اللام فى القول المذكور للعهد وكان المعنى ما ذكره لزم أن يكون المذكور فى باب الاجارة الفاسدة حكم نوع مخصوص فقط من الاجارة الفاسدة وهو ما فسد بالشروط وأن يكون حكم باقى أنواعها وهى ما فسد لجهالة المسمى وما فسد لعدم التسمية بالاجماع وما فسد بالشيوع عند أبى حنيفة متروك الذكر بالكلية غير مبين أصلا لا فى مختصر القدورى ولا فى البداية ولا فى الهداية ولا فى عامة المعتبرات وهذا مما لا تقبله الفطرة السليمة وأما ثالثا فلانه ان اندفع بجعل اللام فى القول المذكور للعهد ما قيل على الوجه الذى ذكره يرد عليه أن يقال من الاجارة الفاسدة بالشروط ما لا يجب فيه الاقل من أجر المثل ومن المسمى بل يجب فيه أجر المثل بالغا ما بلغ كما اذا استأجر دارا أو حانوتا سنة بمائة درهم على ان يرمها المستأجر فان الواجب على المستأجر هنالك أجر المثل بالغا ما بلغ مصرح به فى فتاوى قاضيخان وغيرها وذكر فى النهاية أيضا نقلا عن فتاوى قاضيخان الى غير ذلك من النظائر التى صرح بها فى المعتبرات فينتقض بمثل ذلك قوله الواجب فى الاجارة التى فسدت بالشروط الاقل من أجر المثل والمسمى * ثم أقول الحق عندى ان اللام فى القول المذكور ليس للعهد كما زعمه صاحب العناية بل هو للاستغراق أو الجنس وأنه لا حاجة الى تقييد الحكم المذكور بانه مما اذا كان فساد الاجارة بسبب شرط فاسد لا باعتبار جهالة المسمى ولا باعتبار عدم التسمية كما ذهب اليه جمهور الشراح وذلك لان معنى الكلام أن

الاجارة بسبب شرط فاسد لا باعتبار جهالة المسمى ولا باعتبار عدم التسمية أما اذا كان باعتبار واحد منهما يجب الاجر بالغا ما بلغ كما اذا استأجر دارا على دابة أو ثوب أو آجره دارا ليسكنها بعمارته على ان يعمرها و يؤدى نوائبها فانه يجب أجر المثل بالغا ما بلغ (قوله قلنا ان المنافع غير متقومة بنفسها) لان التقوم يستدعى سبق الاحراز وما لا يبقى كيف يحرز وانما صارت متقومة شرعا بالعقد لضرورة حاجة الناس اليه فيكتفى بتلك الضرورة فى الصحيح منها الا ان الفاسدة تبع للصحيح فلا يفرد له حكم ولا يقال لما كان تقوم المنافع بالعقد فاذا فسد العقد ينبغى ان لا يجب شئ لان الاجارة الفاسدة ملحقة بالاجارة الصحيحة لكونها تبعا لها والبيع يثبت بحسب ثبوت الاصل وهذا لان الفاسد مشروع باصله دون وصفه وفى تمييزه من الصحيح حرج فالحقناه به فاذا التحق الفاسد بالصحيح يعتبر فى الاجارة الفاسدة ما يجعل بدلا فى الصحيح عادة وهو أجر المثل وهذا بيان ان المعتبر فى الفاسد المثل وقوله ولكنهما اذا اتفقا بيان انه لا يزاد على المسمى لانهما اذا اتفقا على شئ فقد أسقطا الزيادة فالاسقاط وان كان فى ضمن التسمية لكن لا يفسد بفسادها الرضا بسقوط الزيادة وعدم تقوم

وقال زفر والشافعى رحمهما الله يجب بالغا ما بلغ اعتبارا ببيع الاعيان فان البيع اذا فسد وجب القيمة بالغة ما بلغت وهذا بناء على أن المنافع عنده كالاعيان ولنا أن تقوم المنافع ضرورة دفع الحاجة بالعقد والضرورى يتقدر بقدر الضرورة والضرورة تندفع بالصحيحة فيكتفى بها وهذا كما ترى يقتضى عدم اعتبار الاجارة الفاسدة الا أن الفاسدة تبع للصحيحة فيثبت فيها ما يثبت فى الصحيحة عادة وهو قدر أجر المثل وهذا يقتضى لزوم الاجر المسمى بالغا ما بلغ لكنهما اذا اتفقا على مقدار فى الفاسد سقطت الزيادة وهذا يقتضى لزوم الاجر المسمى بالغا ما بلغ لكن لما كانت التسمية فاسدة لم يجب من المسمى ما زاد على أجر المثل فاستقر الواجب على ما هو الاقل من أجر المثل بالمسمى بدون الانتفاء فعند الانتفاع أولى فليتدبر والله الهادى (قوله بالغا ما بلغ) أقول لانتفاع المرجح ثمة قال المصنف (لان الفاسد تبع له) أقول ينبغى أن يكون ههنا مقدمة مطوية مثل أن يقال ولا يلزم عدم اعتبار الفاسد وفى بعض النسخ الا أن الفاسد تبع له وهذه النسخة ظاهرة

والمسمى بخلاف البيع فان العين متقوم فى نفسه وهو أى القيمة هو الموجب الاصلي وانما ذكره لتذكير الخبر فان صحت التسمية انتقل عنه والا فلا (ومن استأجر دارا كل شهر بدرهم صح فى شهر واحد الا أن يسمى جملة الشهور) مثل أن يقول عشرة أشهر كل شهر بدرهم (لان الاصل أن كلمة كل اذا دخلت فيما لا نهاية له تنصرف الى الواحد لتعذر العمل بالعموم) لان جملة الشهور مجهولة والبعض منها غير محصور كذلك ومحصورا ترجيح بلا مرجح (والواحد منها معلوم) متيقن (فصح العقد فيه واذا تم الشهر كان لكل واحد منهما أن ينقض

الاجارة لانتهاء العقد الصحيح) وهل يلزم ان يكون النقض بحضر الآخر أولا اختلف المشايخ فيه فمنهم من يقول انه لا يصح من غير محضر صاحبه على قول أبي حنيفة ومحمد ويصح على قول أبي يوسف ومنهم من يقول انه لا يصح بغير محضره بلا اختلاف ووجه ذلك مذكور في المطولات (فان سكن ساعة من الشهر الثانى صح العقد فيه) أيضا (ولم يكن للمؤجر أن يخرجه الى أن ينقضى الشهر وكذا كل شهر سكن فى أوله لانه تم العقد فيه بتراضيهما بالسكنى فى أوله الا أن الذى ذكره فى الكتاب) أى القدورى (هو القياس واليه مال بعض المتأخرين وظاهر الرواية أن يبقى الخيار لكل واحد منهما فى الليلة الاولى و يومها من الشهر الثانى لان فى اعتبار الاول بعض الحرج) واختلفوا فى كيفية الفسخ فى رأس الشهر الثانى بناء على أن رأسه عبارة عن الساعة التى يهل فيها الهلال فكما أهل مضى رأس الشهر والفسخ بعد ذلك فسخ بعد مضى مدة الخيار وقبل ذلك فسخ قبل مجيء وقته وكلاهما لا يجوز وذكروا لذلك طرقا تلا تتمها أن يقول الذى يريد به الفسخ فى خلال الشهر فسخت العهد رأس الشهر فينفسخ العقد اذا أهل الهلال فيكون هذا فسخا مضافا الى رأس الشهر وعقد الاجارة يصح مضافا فكذا فسخه (وان

بخلاف البيع لان العين متقومة فى نفسها وهي الموجب الاصلي فان صحت التسمية انتقل عنه والا فلا قال (ومن استأجر دارا كل شهر بدرهم فالعقد صحيح فى شهر واحد فاسد فى بقية الشهور الا أن يسمى جملة شهور معلومة) لان الاصل أن كلمة كل اذا دخلت فيما لا نهاية له تنصرف الى الواحد لتعذر العمل بالعموم فكان الشهر الواحد معلوما فصح العقد فيه واذا تم كان لكل واحد منهما أن ينقض الاجارة لانتهاء العقد الصحيح (ولو سمى جملة شهور معلومة جاز) لان المدة صارت معلومة قال (وان سكن ساعة من الشهر الثانى صح العقد فيه ولم يكن للمؤجر أن يخرجه الى أن ينقضى وكذلك كل شهر سكن فى أوله ساعة) لانه تم العقد بتراضيهما بالسكنى فى الشهر الثانى الا أن الذى ذكره فى الكتاب هو القياس وقد مال اليه بعض المشايخ وظاهر الرواية أن يبقى الخيار لكل واحد منهما فى الليلة الاولى من الشهر الثانى ويومها لان فى اعتبار الاول بعض الحرج قال

الواجب فى الاجارة الفاسدة أجر المثل لا يجاوز به المسمى اذا كان هناك مسمى معلوم لان مجاوزة المسمى انما تتصور فيه فانه اذا لم يكن هناك أجر مسمى أو كان المسمى مجهولا لا يمكن أن يجاوز المسمى بشئ أصلا للقطع بان المجاوزة تقتضي الحد المعلوم فيلغو أن يقال هناك لا يجاوز المسمى باجر المثل فصار ملخص المعنى أن الواجب فى الاجارة الفاسدة أجر المثل الا أن يكون هناك مسمى معلوم فحينئذ لا يجاوز به المسمى بل يجب الاقل منهما فعلم منه حكم الاجارة الفاسدة مطلقا وهو وجوب أجر المثل بالغا ما بلغ ان لم يكن هناك مسمى معلوم ووجوب الاقل من أجر المثل ومن المسمى ان كان هناك مسمى معلوم والحاصل أن الشراح جعلوا وجوب الاقل من أجر المثل ومن المسمى معنى مجموع الكلام المذكور فوقعوا فيما وقعوا واذا جعل ذلك معنى آخر الكلام المذكور وهو قوله لا يجاوز المسمى وأبقى أوله على ظاهره وهو وجوب عين أجر المثل كما فعلناه كان حكم الاجارة الفاسدة مطلقا مستوفى بالكلية فى الكتاب ولا يلزم شئ من المحذورات فتأمل وكن الحاكم الفيصل (قوله ومن استأجر دارا كل شهر بدرهم فالعقد صحيح فى شهر واحد فاسد فى بقية الشهور) قال تاج الشريعة فان قلت لو كان فاسدا لجاز الفسخ فى الحال قلت الاجارة من العقود المضافة وانعقاد الاجارة فى أول الشهر فقبل الانعقاد كيف تفسخ انتهى وتبعه الشارح العينى فى السؤال والجواب (أقول) فى الجواب نظر لان انعقاد الاجارة وان كان فى أول الشهر الا أن عقدها قد تحقق فى الحال بالايجاب والقبول فلم لا يكفى فى جواز الفسخ كون الفسخ بعد تحقق العقد وقد مر فى أول كتاب الاجارات ان الاجارة مطلقا تنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة فالوافى توجيه تراخى الانعقاد الى حدوث المنافع ساعة فساعة مع وجود علته فى الحال وهى العقد ان الانعقاد حكم الشرع والعلل الشرعية تغاير العلل العقلية فى جواز انفكاكها من معلولاتها ولو لم يجز الفسخ قبل أوان الانعقاد ولم يكف كونه بعد تحقق العقد الذى هو سبب الانعقاد لما جاز فسخ الاجارة الصحيحة أيضا بعذر أو عيب قبل استيفاء المنافع بتمامها فانه اذا لم يحدث جزء من المنافع لم يتحقق الانعقاد فى حقه فيلزم الفسخ قبل الانعقاد بالنظر اليه مع أنه لا شك فى جواز ذلك كما مر جوابه قاطبة وسيجيء فى الكتاب (قوله واذا تم كان لكل واحد منهما أن ينقض الاجارة لانتهاء العقد الصحيح) قال فى المحيط البرهانى وفى

المنافع فى نفسها (قوله لان الاصل ان كلمة كل اذا دخلت فيما لا نهاية له تنصرف الى الواحد) لانه لا يمكن تصحيح العقد على جملة الشهور لجهالتها ولا على ما بين الادنى والكل لعدم أولوية بعضها فتعين الادنى

(قوله والبعض منها غير محصور كذلك) أقول أى مجهول (قوله ومحصورا ترجيح بلا مرجح) أقول فيه مسامحة والمراد فى اعتباره ترجيح بلا مرجح

(وان استأجر دارا سنة بعشرة دراهم جاز وان لم يبين قسط كل شهر من الاجرة) لان المدة معلومة بدون التقسيم فصار كاجارة شهر واحد فانه جائز وان لم يبين قسط كل يوم ثم يعتبر ابتداء المدة مما سمى وان لم يسم شيأ فهو من الوقت الذى استأجره

الاصل اذا استأجر رجل من آخر دارا كل شهر بعشرة دراهم فان أبا حنيفة قال هذا جائز ولكل واحد منهما أن ينقض الاجارة فى رأس الشهر فان سكن يوما أو يومين لزمه الاجارة فى الشهر الثانى واختلفت عبارة المشايخ فى تخريج المسئلة بعضهم قال أراد بقوله جائز أن الاجارة فى الشهر الاول جائزة فأما فيما عدا ذلك من الشهور فالاجارة فاسدة لجهالة المدة الا انه اذا جاء الشهر الثانى ولم يفسخ كل واحد منهما الاجارة فى رأس الشهر جازت الاجارة فى الشهر الثانى لان الشهر الثانى صار كالشهر الاول وبعضهم قال لا بل الاجارة جائزة فى الشهر الثانى والثالث كما جازت فى الشهر الاول واطلاق محمد رحمه الله فى الكتاب يدل عليه وانما جازت الاجارة فيما وراء الشهر الاول وان كانت المدة مجهولة لتعامل الناس من غير نكير منكر وانما يثبت الخيار لكل واحد منهما رأس كل شهر وان كانت الاجارة جائزة فيما زاد على الشهر الاول لنوع ضرورة بيانها أن موضوع الاجارة أن لا تزيل الرقبة عن ملك المؤجر ولا تجعلها ملكا للمستأجر ومتى لم يثبت الخيار لكل واحد منهما رأس الشهر لزل رقبة المستأجر عن ملك المؤجر معنى لانه لا يملك سكناها ولا بيعها ولا هبتها أبد الدهر لانه لا نهاية لجملة الشهور وهذا لا يجوز فلهذه الضرورة كان لكل واحد منهما الخيار بين الفسخ والمضى فى رأس كل شهر وان كانت الاجارة جائزة فى الشهر وفيما زاد على الشهر وقال الا أن المشايخ بعد هذا اختلفوا فى كيفية امكان الفسخ لكل منهما رأس كل شهر وانما اختلفوا لان رأس الشهر فى الحقيقة عبارة عن الساعة التى يهل فيها الهلال فكما أهل الهلال مضى رأس الشهر فلا يمكن الفسخ بعد ذلك لمضى وقت الخيار وقبل ذلك لا يمكنه الفسخ لانه لم يجئ وقته والصحيح فى هذا أحد الطرق الثلاثة اما أن يقول الذى يريد الفسخ قبل مضى المدة فسخت الاجارة فيتوقف هذا الفسخ الى انقضاء الشهر واذا انقضى الشهر وأهل الهلال عمل الفسخ حينئذ عمله ونفذ لانه لم يجد نفاذا فى وقته والفسخ اذا لم يجد نفاذا فى وقته يتوقف الى وقت نفاذه وبه كان يقول أبو نصر محمد بن سلام البلخى ونظير هذا ما قاله محمد رحمه الله فى البيوع اشترى عبدا على أنه بالخيار فحم العبد وفسخ المشترى العقد بحكم الخيار لم ينفذ هذا الفسخ بل يتوقف الى أن تزول الحمى فى مدة الخيار وقال فى المضاربة رب المال اذا فسخ المضاربة وقد صار مال المضاربة عروضا لم ينفذ الفسخ للحال بل يتوقف الى أن يصير مال المضاربة دراهم أو دنانير فينفذ الفسخ حينئذ كذا ههنا أو يقول الذى يريد الفسخ فى خلال الشهر فسخت العقد رأس الشهر فينفسخ العقد اذا أهل الهلال ويكون هذا فسخا مضافا الى رأس الشهر وعقد الاجارة يصح مضافا فكذا فسخه يصح مضافا أو يفسخ الذى يريد الفسخ فى الليلة التى يهل فيها الهلال ويومها وهذا القائل يقول لم يرد محمد بقوله لكل واحد منهما أن ينقض الاجارة رأس الشهر من حيث الحقيقة وهو الساعة التى يهل فيها الهلال وانما أراد به رأس الشهر من حيث العرف والعادة وهى الليلة التى يهل فيها الهلال أو يومها وهكذا قال محمد رحمه الله فى كتاب الايمان اذا حلف الرجل ليقضين حق فلان رأس الشهر فقضاه فى الليلة التى يهل فيها الهلال أو فى يومها لم يحنث استحسانا الى هنا لفظ المحيط وهكذا ذكر فى الذخيرة أيضا ونقله صاحب النهاية عن الذخيرة بنوع اجمال منه (أقول) لقائل أن يقول الطريق الاول والثانى من الطرق الثلاثة المذكورة مما لا يساعده عبارة الائمة فى وضع هذه المسئلة فان محمدا رحمه الله قال فى الاصل ولكل واحد منهما أن ينقض الاجارة فى رأس الشهر والامام قاضيخان قال فى فتاواه رجل آجر داره أو حانوته كل شهر بدرهم كان لكل واحد منهما أن يفسخ الاجارة عند تمام الشهر والمصنف قال ههنا واذا تم كان لكل واحد منهما أن ينقض الاجارة ولا يخفى أن مقتضى هذه العبارات أن يكون ثبوت خيار الفسخ لكل واحد منهما عند تمام الشهر الاول ودخول رأس الشهر الثانى لا قبل ذلك ودلالة ذينك الطريقين على أن يثبت لهما خيار الفسخ فى خلال الشهر الاول قبل تمامه وأقول يمكن أن يقال نفاذ الفسخ وتأثيره فى

(فان استأجر دارا سنة بعشرة دراهم صح وان لم يبين قسط كل شهر من الاجر) لان المدة معلومة بدون التقسيم فصار كاجارة شهر واحد (ويعتبر ابتداء المدة مما سماه) بان يقول من شهر رجب من هذه السنة مثلا (وان لم يسم شيأ فهو من الوقت الذى استأجره

لان الاوقات كلها فى حق الاجارة سواء) لذكر الشهر منكورا وفى مثله يتعين الزمان الذى يعقب السبب (كما فى الايمان) كما اذا حلف لا يكلم فلانا شهرا بدلالة الحال لان الظاهر من حال العاقل أن يقصد صحة العقد وصحته بذلك لتعينه بعدم المزاحم (بخلاف ما اذا قال لله على أن أصوم شهرا) حيث لا يتعين الشهر الذى يعقب نذره ما لم يعينه لان الاوقات كلها ليست فيه على السواء (لان الليالى ليست بمحل له) توضيحه ان الشروع فى الصوم لا يكون الا بعزيمة منه وربما لا يقترن ذلك بالسبب (ثم ان كان العقد حين يهل الهلال) على بناء المفعول أى يبصر (فشهور السنة كلها بالاهلة لانها الاصل) فى الشهور العربية فهما كان العمل به ممكنا لا يصار الى غيره (وان كان فى أثناء الشهر فالكل بالايام عند أبى حنيفة وهو رواية عن أبى يوسف) ثلثمائة وستين يوما (وعند محمد وهو رواية عن أبى يوسف ان الاول بالايام والباقى بالاهلة) فيكون أحد عشر شهرا بالهلال وشهر بالايام يكمل ما بقى من الشهر الاول من الشهر الاخير (لان الايام يصار اليها ضرورة والضرورة فى الاول منها) فلا يتعدى الى غيره (ولابى حنيفة أن تمام الاول واجب ضرورة تسميته شهرا وتمامه انما يكون ببعض الثانى فاذا تم الاول بالايام ابتدأ الثانى بالايام ضرورة وهكذا الى آخر السنة ونظيره العدة وقد مر فى الطلاق) قال صاحب النهاية هذه حوالة غير رائجة فان مثل هذا الاختلاف على أن الاشهر كلها عند أبى حنيفة رحمه الله بالايام وعندهما الباقى بعد الاول والاخير بالاشهر لم يمر فى الطلاق وما يتعلق به وهو سهو منه لان المصنف قال فى كتاب الطلاق ثم ان كان الطلاق بالاهلة فى أول الشهر تعتبر الشهور بالاهلة وان كان فى وسطه فبالايام فى حق التفريق وفى حق العدة كذلك عند أبى حنيفة وعندهما يكمل الاول بالاخير والمتوسطان بالاهلة وهى مسئلة الاجارات لاجماع قال (ويجوز أخذ أجرة الحمام والحجام الخ) استئجار الحمام والحجام وأخذ أجرتهما جائز أما الحمام فلجريان العرف بذلك والقياس عدم الجواز

لان الاوقات كلها فى حق الاجارة على السواء فاشبه اليمين بخلاف الصوم لان الليالى ليست بمحل له (ثم ان كان العقد حين يهل الهلال فشهور السنة كلها بالاهلة) لانها هى الاصل (وان كان فى أثناء الشهر فالكل بالايام) عند أبى حنيفة وهو رواية عن أبى يوسف وعند محمد وهو رواية عن أبى يوسف الاول بالايام والباقى بالاهلة لان الايام يصار اليها ضرورة والضرورة فى الاول منها وله أنه متى تم الاول بالايام ابتدأ الثانى بالايام ضرورة وهكذا الى آخر السنة ونظيره العدة وقد مر فى الطلاق قال (ويجوز أخذ أجرة الحمام والحجام) أما الحمام فلتعارف الناس ولم تعتبر الجهالة

ذينك الطريقين أيضا عند أن ينقضى الشهر الاول وأهل هلال الشهر الثانى وان كان التكلم بالفسخ فيهما فى خلال الشهر الاول فيجوز أن تكون تلك العبارات فى وضع هذه المسئلة بناء على أن ظهور أثر ثبوت الخيار لكل واحد منهما عند تمام الشهر الاول ودخول رأس الشهر الثانى هذا غاية ما يمكن فى توجيه الطريقين المزبورين وان كان ينبو عنه ظاهر اللفظ ثم ان الامام الزيلعى رد على من قال من المشايخ فى تخريج هذه المسئلة ان العقد جائز فى الشهر الثانى والثالث أيضا لتعامل الناس من غير نكير منكر الا أن لكل واحد منهما خيار الفسخ رأس كل شهر لنوع ضرورة حيث قال فى شرح الكنز ولا معنى لقول من قال من المشايخ ان العقد صحيح فى الشهر الثانى والثالث أيضا لتعامل الناس لان التعامل اذا كان مخالفا للدليل لا يعتبر انتهى (أقول) بل لا معنى لما قاله الزيلعى لان التعامل اذا وقع من غير نكير منكر فقد حل محل الاجماع وفيما نحن فيه وقع كذلك على ما صرح به من قال من المشايخ بجواز العقد فى كل الشهور والاجماع دليل قطعى والدليل الذى خالفه التعامل ههنا انما هو كون جهالة المدة مفسدة للعقد وهو موجب القياس والقياس دليل ظنى لا يصلح لمعارضة الدليل القطعى أصلا فضلا عن أن لا يعتبر القطعى فى مقابلته على أنه قد تقرر عندهم ان الجهالة المفسدة للعقد انما هى الجهالة المفضية الى النزاع دون مطلق الجهالة كما مر فى البيوع وجهالة المدة فيما نحن فيه ليست بمفضية الى النزاع اذ لكل واحد منهما نقض العقد فى رأس كل شهر فكيف يقع النزاع (قوله لان الاوقات كلها فى حق الاجارة على السواء) قال صاحب العناية فى تعليله لذكر الشهور منكورا وتبعه الشارح العينى (أقول) ليس ذلك بسديد أما أولا فلان المذكور فى المسئلة هو السنة دون الشهور وأما ثانيا فلان المذكور فى مسئلة النذر بالصوم أيضا منكور مع أن الجواب مختلف والصواب فى تعليل ذلك أن يقال لان كل الاوقات محل للاجارة اذ لا منافاة بين الاجارة وبين وقت ما أصلا فان هذا التعليل هو الفارق بين المسئلتين وهو الموافق لقول المصنف بخلاف الصوم لان الليالى ليس بمحل له تبصر (قوله ثم ان كان العقد حين يهل الهلال) قال صاحب النهاية بضم الياء وفتح الهاء على صيغة بناء المفعول أى يبصر الهلال وقال أراد

(قوله فاشبه اليمين) بان حلف لا يكلم فلانا شهرا فهو من يوم حلف بخلاف الصوم فانه اذا نذر ان يصوم شهرا لم يتعين الشهر الذى يلى النذر لانه يختص الشروع فيه ببعض الاوقات حتى ان الليل لا يصلح لذلك (قوله لانها هى الاصل) أى لان الاهلة أصل فى الشهور قال الله يسألونك عن الاهلة قل هى مواقيت للناس والايام بدل عن الاهلة ألا ترى الى قوله عليه السلام صوموا لرؤيته وأفطروا لرؤيته فان غم عليكم الهلال فاكملوا عدة شعبان ثلاثين يوما وانما يصار للبدل اذا تعذر اعتبار الاصل (قوله ويجوز أخذ أجرة الحمام والحجام) وقد ذكره

(قوله لذكر الشهر منكورا) أقول فيه بحث فان النذر أيضا كذلك

للجهالة ولكنه ترك لاجماع المسلمين قال صلى الله عليه وسلم مارآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن وأما الحجام فلما روى أن النبي عليه الصلاة والسلام احتجم وأعطى الحجام الاجرة ولانه استئجار على عمل معلوم باجر معلوم بلا مانع معلوم فيقع جائزا وانما ذكرهما في الاجارة الفاسدة مع كونه جائزا الان لبعض الناس فيه خلافا فان بعض العلماء كره غلة الحمام آخذا بظاهر قوله صلى الله عليه وسلم الحمام شر بيت ومنهم من فصل بين حمام الرجال وحمام النساء فكره اتخاذ الحمام للنساء لانهن نهين عن البروز وأمرن بالقرار وروى عن أحمد بن حنبل أنه لم يبح أجرة الحجام وكره كسبه عثمان وأبو هريرة رضى الله عنهما والحسن والنخعي رحمهما الله وروى أبو هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ان من السحت عسب التيس ومهر البغي وكسب الحجام والصحيح عند عامة العلماء أنه لا باس باتخاذ الحمام للرجال والنساء جميعا للحاجة والحاجة في حق النساء أظهر لان المرأة تحتاج الى الاغتسال عن الجنابة والحيض والنفاس ولا تتمكن من ذلك في الانهار والحياض تمكن الرجال وقد صح أن النبي صلى الله عليه وسلم دخل حمام الجحفة وتأويل ماروى من الكراهة هو أن يدخل مكشوف العورة فاما بعد التستر فلا بأس بالدخول ولا كراهة في غلته كالا كراهة في غلة الدور والحوانيت والنهى في كسب الحجام قد انتسخ بما ذكر في آخر حديث أبي هريرة رضى الله عنه فاتاه رجل من الانصار فقال ان لي ناضحا وحجاما أفاعلف ناضحي من كسبه قال نعم وأتاه آخر فقال ان لي عيالا وحجاما أفأطعم عيالي من كسبه قال نعم فالرخصة بعد النهي دليل انتساخ الحرمة (ولا يجوز أخذ أجرة عسب الفحل) أى ضرابه (وهو أن يؤجر فحلا لينزو على الاناث) وخرج بعض الشافعية والحنابلة لجوازه وجها وهو أنه انتفاع مباح ولهذا جاز بطريق الاستعارة والحاجة تدعو اليه فكان جائزا كاستئجار الظئر للارضاع قلنا هو مخالف (لقوله صلى الله عليه وسلم ان من السحت عسب التيس) رواه البخاري (ومراده أخذ الاجرة عليه ولا يجوز الاستئجار على الاذان والحج) وكلامه فيه ظاهر (قوله على عمل معلوم غير متعين عليه) اشارة الى الاحتراز عما لو تعين الشخص للامامة والافتاء والتعليم فانه لا يجوز استئجاره بالاجماع

لاجماع المسلمين قال عليه الصلاة والسلام مارآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن وأما الحجام فلما روى أنه صلى الله عليه وسلم احتجم وأعطى الحجام الاجرة ولانه استئجار على عمل معلوم بأجر معلوم فيقع جائزا قال (ولا يجوز أخذ أجرة عسب التيس) وهو أن يؤجر فحلا لينزو على الاناث لقوله عليه الصلاة والسلام ان من السحت عسب التيس والمراد أخذ الاجرة عليه قال (ولا الاستئجار على الاذان والحج وكذا الامامة وتعليم القرآن والفقه) والاصل أن كل طاعة يختص بها المسلم لا يجوز الاستئجار عليه عندنا وعند الشافعي رحمه الله يصح في كل مالا يتعين على الاجير لانه استئجار على عمل معلوم غير متعين عليه فيجوز ولنا قوله عليه الصلاة

به اليوم الاول ورد عليه صاحب الغاية حيث قال فسر بعضهم في شرحه قوله حين يهل بقوله أراد به اليوم الاول وفيه نظر لانه ليس حين يهل الهلال بل هو أول الليلة الاولى من الشهر اهـ كلامه (أقول) نظره ساقط لان صاحب النهاية قد فسر قوله يهل الهلال بقوله أي يبصر الهلال فعلى هذا التفسير كان معنى قوله حين يهل الهلال حين يبصر الهلال وهو أول الليلة من الشهر قطعا وليس مراده بقوله أراد به اليوم الاول تفسير معنى قوله حين يهل الهلال اذ قد علم معناه من تفسيره السابق قطعا بل مراده بذلك بيان أن ليس المراد بقولهم حين يهل الهلال في هذه المسئلة معناه الحقيقي وهو أول الليلة من الشهر لتعسر

بعض العلماء ذلك أخذا بظاهر قوله عليه السلام الحمام بيت الشيطان ومنهم من كره اتخاذ حمام النساء لانهن نهين عن الخروج وأمرن بالقرار في البيوت واجتماعهن قلما يخلو عن فتنة والصحيح أنه لا باس باتخاذ الحمام للرجال والنساء جميعا للحاجة اليه خصوصا في ديارنا والحاجة في حقهن أظهر لزيادة احتياجهن الى الاغتسال ولا يتمكن من ذلك في الانهار والحياض كما يتمكن الرجال (قوله وأعطى الحجام الاجر) ولو كان حراما لم يعطه اياه لانه كما لا يحل أكل الحرام لا يحل دفعه لغيره ليأكل وقوله عليه السلام ان من السحت كسب الحجام منسوخ بما رويناه (قوله وان من السحت عسب التيس) أي كراء عسب التيس فانه أخذ المال بمقابلة ماء مهين لا قيمة له والعقد عليه باطل لانه يلتزم مالا يقدر على الوفاء به وهو الاحبال فان ذلك ليس في وسعه وهو يبتنى على نشاط الفحل أيضا (قوله والاصل ان كل طاعة يختص بها المسلم) أي يختص بأهل الاسلام اما

قال المصنف (وهو أن يؤجر فحلا) أقول كان المصنف يريد ان في الكلام مجازا حيث أطلق التيس وأريد مطلق الفحل كاطلاق المرسن وارادة مطلق الانف (قوله ولا يجوز أخذ أجرة عسب الفحل أي ضرابه وهو أن يؤجر فحلا لينزو على الاناث) أقول قوله وهو أن يؤجر فحلا الخ يدل على أن العسب بمعنى الاكراء على ماذكره أرباب اللغة فلا وجه لتفسير الشارح بقوله أي ضرابه ويجوز أن يقال ظاهر اضافة الاجرة الى العسب يقتضي أن يكون العسب بمعنى الضراب فقول المصنف وهو أن يؤجر يكون من قبيل الاستخدام قال المصنف (ومراده أخذ الاجرة عليه) أقول أي المراد من عسب التيس يعني أن المضاف مقدر وفي الصحاح العسب الكراء الذي يؤخذ على ضراب الفحل ونهى عن عسب الفحل تقول عسب فحله يعسبه أي اكراه وعسب الفحل أيضا ضرابه ويقال ماؤه

والسلام اقرؤا القرآن ولا تأكلوا به وفى آخر ما عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم الى عثمان بن أبى العاص وان اتخذت مؤذنا فلا تأخذ على الاذان أجرا ولان القربة متى حصلت وقعت عن العامل ولهذا تعتبر أهليته فلا يجوز له أخذ الاجر من غيره كما فى الصوم والصلاة ولان التعليم مما لا يقدر المعلم عليه الا بمعنى من قبل المتعلم فيكون ملتزما ما لا يقدر على تسليمه فلا يصح وبعض مشايخنا استحسنوا الاستئجار على تعليم القرآن اليوم لانه ظهر التوانى فى الامور الدينية ففى الامتناع تضييع حفظ القرآن وعليه الفتوى

(وبعض مشايخنا) يريد به مشايخ بلخ رحمهم الله (استحسنوا الاستئجار على تعليم القرآن اليوم) يعنى فى زماننا وجوزوا له ضرب المدة وأفتوا بوجوب المسمى وعند عدم الاستئجار أو عند عدم ضرب المدة أفتوا بوجوب أجر المثل (لانه ظهر التوانى فى الامور الدينية ففى الامتناع تضييع حفظ القرآن) وقالوا انما كره المتقدمون ذلك لانه كان للمعلمين عطيات من بيت المال فكانوا مستغنين عما لا بد لهم من أمر معاشهم وقد كان فى الناس رغبة فى التعليم بطريق الحسبة ولم يبق ذلك وقال أبو عبد الله الخيزاخزى يجوز فى زماننا للامام والمؤذن والمعلم أخذ

كون العقد فيه بل المراد به معناه العرفى وهو اليوم الاول من الشهر وهذا نظير ما قالوا فى المسئلة الاولى لم يرد محمد رحمه الله برأس الشهر فى قوله لكل واحد منهما أن ينقض الاجارة رأس الشهر من حيث الحقيقة وهو الساعة التى يهل فيها الهلال بل رأس الشهر من حيث العرف والعادة وهو الليلة التى يهل فيها الهلال ويومها فلا يرد عليه النظر المزبور أصلا (قوله ولان القربة متى حصلت وقعت عن العامل الخ) أقول ينتقض هذا بما ذكره المصنف فى باب الحج عن الغير من كتاب الحج حيث قال ثم ظاهر المذهب أن الحج يقع عن المحجوج عنه وبذلك تشهد الاخبار الواردة فى الباب كحديث الخثعمية فانه عليه الصلاة والسلام قال فيه حجى عن أبيك واعتمرى فان ذلك صريح فى وقوع القربة عن غير العامل قال صاحب الكافى فى تقرير هذا الدليل ولان القربة متى وقعت يقع ثوابها للفاعل لا لغيره اهـ (أقول) يخالف هذا ما صرح به المصنف وصاحب الكافى أيضا فى أول باب الحج عن الغير من أن الاصل ان الانسان له أن يجعل ثواب عمله لغيره صلاة كانت أو صوما أو صدقة أو غيرها عند أهل السنة والجماعة لما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه ضحى بكبشين أملحين أحدهما عن نفسه والآخر عن أمته ممن أقر بوحدانية الله تعالى وشهد له بالبلاغ جعل ثواب تضحية احدى الشاتين لامته اهـ فليتأمل (قوله ولان التعليم مما لا يقدر المعلم عليه الا بمعنى من قبل المتعلم فيكون ملتزما ما لا يقدر على تسليمه فلا يصح) أقول فيه بحث لانه ان أريد ان المعلم لا يستقل فى التعليم بشئ أصلا فهو ممنوع فان التلقين والالقاء فعل المعلم وحده لا مدخل فيه للمتعلم وانما وظيفته الاخذ والفهم وان أريد ان للمتعلم أيضا مدخلا فى ظهور أثر التعليم وفائدته فان المتعلم ما لم يأخذ ما ألقاه المعلم ولم يفهم ما لقنه لم يظهر لتعليمه أثر وفائدة فهو مسلم ولكن الذى يلتزمه المعلم انما هو فعل نفسه مما يقدر عليه لا فعل الآخر ولا مانع من أخذ الاجرة على فعل نفسه كما لا يخفى فان قلت التعليم والتعلم متحدان بالذات ومختلفان بالاعتبار على ما ذكر فى بعض الكتب فيؤل أخذ الاجرة على التعليم الى أخذها على التعلم الذى هو فعل الغير قلت اتحاد التعليم والتعلم بالذات أمر غير واضح بل غير مسلم ولو سلم كفى التغاير الاعتبارى لنا اذ لا شك فى اختلاف التعليم والتعلم فى كثير من الاحكام فليكن فى أخذ الاجرة عليه كذلك فتأمل (قوله وبعض مشايخنا استحسنوا الاستئجار على تعليم القرآن اليوم لانه ظهر التوانى فى الامور الدينية ففى الامتناع تضييع حفظ القرآن وعليه الفتوى) أقول فيما ذهب اليه هؤلاء المشايخ اشكال وهو ان مقتضى الدليل الثانى والدليل

اذا لم تختص بها فيجوز كما اذا استأجر ذميا على تعليم التوراة يجوز لان تعليمها لا يختص بملة الاسلام كذا فى الفوائد الكرمانى وقوله ولان التعليم مما لا يقدر المعلم عليه الا بمعنى من قبل المتعلم فيكون ملتزما ما لا يقدر على تسليمه فلا يصح والقياس يأبى جواز الاستئجار على تعليم التوراة أيضا الا أن يكون المراد منه أنه اذا استأجر على تعليم التوراة وعلمها المستأجر يجب الاجر بخلاف تعليم القرآن فانه لا يجب الاجر وان علمه (قوله فى كل ما لا يتعين على الاجير) هذا احتراز عما لو كان متعينا للامامة والافتاء والتعليم لانه حينئذ لا يجوز استئجاره بالاجماع (قوله ولهذا يعتبر أهليته) أى أهلية العامل ويعتبر نيته لا نية الآمر ولو انتقل فعل المأمور الى الآمر يشترط نية الآمر وأهليته كما فى الزكاة فان ثمة يشترط نية الآمر وأهليته حتى لو كان المأمور كافرا يصح أداء الزكاة لان المؤدى هو الآمر وههنا بخلافه فعلم به ان المؤدى هو المأمور (قوله وبعض مشايخنا استحسنوا الاستئجار على تعليم القرآن) وهم أئمة بلخ فانهم اختاروا قول أهل المدينة وقالوا

الاجرة ذكره في الذخيرة (ولايجوز الاستئجار على سائر الملاهى لانه استئجار على المعصية والمعصية لا تستحق بالعقد) فانه لو استحقت به لكان وجوب ما يستحق المرء به عقابا مضافا الى الشرع وهو باطل قال (ولا يجوز اجارة المشاع عند أبي حنيفة الا من الشريك) ولا يجوز أن يؤجر الرجل نصيبا من داره أو نصيبه من دار مشتركة من غير الشريك عند أبي حنيفة سواء كان النصيب معلوما كالربع ونحوه أو مجهولا (وقالا يجوز لان المشاع له منفعة ولهذا يجب أجر المثل) وماله منفعة يرد عليه عقد الاجارة لانه عقد على المنافع فكان المقتضى موجودا (والمانع) وهو عدم القدرة على التسليم (منتف لانه تمكن بالتخلية أو بالتهايؤ فصار كما اذا آجر من شريكه أو من رجلين وصار كالبيع ولابى حنيفة أنه آجر مالا يقدر على تسليمه) ويمكن توجيهه على وجهين أحدهما أن يكون معارضة وتقريره آجر مالا يقدر على تسليمه (لان تسليم المشاع وحده) سواء كان محتملا للقسمة كالدار أولا كالعبد (غير متصور) ومالا يتصور تسليمه لا تصح اجارته لعدم الانتفاع به والاجارة عقد على المنفعة فيكون دليلا مبتدأ من غير تعرض لدليل الخصم والثانى أن يكون ممانعة وتقريره لا نسلم انتفاء المانع فانه آجر مالا يقدر على التسليم وعدم التسليم يمنع صحة الاجارة وقوله (والتخلية) جواب عما قالا والتسليم ممكن بالتخلية ووجهه ان التخلية لم تعتبر تسليما لذاتها حيث اعتبرت بل لكونها تمكينا (وهو) أى التمكين هو (الفعل الذى يحصل به التمكن) فكانها اعتبرت علة وهو وسيلة الى التمكن (والتمكن فى المشاع غير حاصل) ففات المعلول واذا فات المعلول لا معتبر بالعلة (بخلاف البيع) فان المقصود به ليس الانتفاع بل الرقبة ولهذا

قال (ولا يجوز الاستئجار على الغناء والنوح وكذا سائر الملاهى) لانه استئجار على المعصية والمعصية لا تستحق بالعقد قال (ولا يجوز اجارة المشاع عند أبي حنيفة الا من الشريك وقالا اجارة المشاع جائزة) وصورته أن يؤجر نصيبا من داره أو نصيبه من دار مشتركة من غير الشريك لهما أن للمشاع منفعة ولهذا يجب أجر المثل والتسليم ممكن بالتخلية أو بالتهايؤ فصار كما اذا آجر من شريكه أو من رجلين وصار كالبيع ولابى حنيفة أنه آجر مالا يقدر على تسليمه فلا يجوز وهذا لان تسليم المشاع وحده لا يتصور والتخلية اعتبرت تسليما لوقوعه تمكينا وهو الفعل الذى يحصل به التمكن ولا تمكن فى المشاع بخلاف البيع لحصول التمكن فيه وأما التهايؤ فانما يستحق حكما للعقد بواسطة الملك وحكم العقد يعقبه والقدرة على التسليم شرط العقد وشرط الشئ

الثالث المار بن آنفا أن لا يمكن تحقق ماهية الاجارة وهى تمليك المنافع بعوض فى الاستئجار على تعليم القرآن ونظائره بناء على عدم القدرة على تسليم ما التزمه المؤجر من المنفعة فكيف يصح استحسان الاستئجار فى هاتيك الصور وصحة استحسانه فرع امكان تحقق ماهية الاجارة كما لا يخفى فليتأمل فى دفع هذا الاشكال القوى لعله مما تسكب فيه العبرات الا أن لا يسلم صحة ذينك الدليلين (قوله وأما التهايؤ فانما يستحق حكما للعقد بواسطة الملك

ان المتقدمين من اصحابنا بنوا هذا الجواب على ما شاهدوا فى عصرهم من رغبة الناس فى التعليم بطريق الحسبة ومروءة المتعلمين فى مجازاة الاحسان بالاحسان من غير شرط وأما فى زماننا فقد انعدم المعنيان جميعا فنقول بجواز الاستئجار كى لا يتعطل هذا الباب ولا يبعد ان يختلف الحكم باختلاف الاوقات ألا ترى ان النساء كن يخرجن الى الجماعات فى زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بكر رضى الله عنه حتى منعهن من ذلك عمر رضى الله عنه وكان ما رآه صوابا وكذا يفتى بجواز الاجارة على تعليم الفقه وقال الامام خيزاخزى فى زماننا يجوز للامام والمؤذن والمعلم أخذ الاجرة كذا فى الروضة (قوله والمعصية لا تستحق بالعقد) لان عقد الاجارة يستحق به تسليم المعقود عليه شرعا ولا يجوز ان يستحق على المرء شئ يكون به عاصيا شرعا كيلا تصير المعصية مضافة الى الشرع (قوله ولا يجوز اجارة المشاع عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى) أى فيما يحتمل القسمة ومالا يحتمل صورته أن يؤاجر نصيبا من داره أو نصيبه من دار مشتركة من غير الشريك أو يؤاجر نصف عبده أو داره أو دابته (قوله وقالا اجارة المشاع جائزة) وفى المغنى الفتوى فى اجارة المشاع على قولهما (قوله ولهذا يجب أجر المثل) أى عند أبى حنيفة رحمه الله فى المشاع فهذا دليل على ان للمشاع منفعة اذ لو لم يكن له منفعة لما وجب شئ كما اذا استأجر جحشا أو أرضا سبخة (قوله وهذا لان تسليم المشاع وحده لا يتصور) لان التسليم انما يتم بالقبض والقبض أمر حسى وهو لا يرد الا على المعين والمشاع غير معين (قوله والتخلية اعتبرت تسليما لوقوعه تمكينا) جواب عن قولهما والتسليم ممكن بالتخلية وهو ان التخلية اعتبرت تسليما اذا كان تمكينا من الانتفاع وانما يكون تمكينا اذا حصل بها التمكن والتمكن لا يحصل به فلم يعتبر فعله تمكينا بخلاف البيع لحصول التمكن ثمة من البيع والاعتاق وغير ذلك (قوله وأما التهايؤ فانما يستحق حكما للعقد) لان التهايؤ انما يستحق حكما لملك المنفعة وملك المنفعة حكم عقد الاجارة وكونه مقدور التسليم شرط

(قوله لكان وجوب ما يستحق المرء به عقابا) أقول قوله عقابا مفعول يستحق (قوله أحدهما أن يكون معارضة) أقول وهو الظاهر من تقرير الكلام (قوله وتقريره آجر مالا يقدر على تسليمه) أقول يعنى على تسليمه وحده (قوله ومالا يتصور تسليمه) أقول يعنى وحده (قوله لعدم الانتفاع به) أقول أى لعدم الانتفاع به على الوجه الذى يقتضيه العقد فلا يرد شئ (قوله وتقريره لا نسلم انتفاء المانع) أقول فعلى هذا يكون قوله وهذا لان تسليم المشاع الخ من قبيل المبالغة فى السند قال المصنف (وأما التهايؤ فانما يستحق حكما للعقد بواسطة الملك وحكم العقد يعقبه) أقول فيه بحث فانهما لم يقولا ان التهايؤ هو القدرة على التسليم بل يقولان يتحقق

يسبقه ولا يعتبر المتراخي سابقا وبخلاف ما اذا آجر من شريكه فالكل يحدث على ملكه فلا شيوع والاختلاف في النسبة لا يضره على أنه لا يصح في رواية الحسن عنه وبخلاف الشيوع الطارئ لان القدرة على التسليم

الى قوله ولا يعتبر المتراخي سابقا) هذا جواب عن قولهما أو بالتهايؤ وحاصله ان التهايؤ من أحكام العقد بواسطة الملك فهو متأخر عن العقد الموجب للملك وهو منتف لانتفاء شرطه وهو القدرة على التسليم ولا يمكن اثباته بالتهايؤ لانه لا يمكن أن يكون ثبوت الشئ بما يتأخر عنه ثبوتا كذا في العناية واعترض بعض الفضلاء على ما في الهداية وعلى ما في العناية أما على ما في الهداية فبان قال فيه بحث فانهما لم يقولا ان التهايؤ هو القدرة على التسليم بل يقولان يتحقق التسليم به فكما أن التسليم حكم العقد والقدرة عليه شرط فكذلك يقال في التهايؤ وأما على ما في العناية فبان قال يجوز ثبوت العلم بالشئ بما يتأخر عنه ثبوتا وما نحن بصدده منه اه (أقول) كل واحد منهما ساقط أما الاول فلانه كلام خال عن التحصيل لان ما ذكره ههنا من قبل أبي حنيفة ليس بمبني على أن يكون مدار ما قاله صاحباه على أن التهايؤ هو القدرة حتى يصح الاعتراض عليه بانهما لم يقولا ان التهايؤ هو القدرة بل قالا يتحقق التسليم به بل ذلك مبني على أن قولهما أو بالتهايؤ في قولهما والتسليم ممكن بالتخلية أو بالتهايؤ يقتضي جواز كون ثبوت القدرة على التسليم بثبوت التهايؤ فيرد عليه من قبله أن يقال ثبوت التهايؤ بل ثبوت القدرة على التهايؤ متأخر عن تحقق العقد لانه انما يتحقق حكما للعقد بواسطة الملك والقدرة على التسليم مقدمة على العقد لكونها شرط جوازه فكيف يمكن أن يكون ثبوت المتقدم بثبوت المتأخر وهذا معنى قول المصنف ولا يعتبر المتراخي سابقا ولا غبار عليه أصلا وأما الثاني فلانه لا شك في جواز ثبوت العلم بالشئ بما يتأخر عنه ثبوتا كما في الاستدلال من الاثر على المؤثر ولكن ما نحن بصدده ليس منه لا محالة اذ لا يشك عاقل في ان ليس معنى قولهما والتسليم ممكن بالتخلية أو بالتهايؤ أن ثبوت العلم بامكان التسليم بالتخلية أو بالتهايؤ بل معناه ان ثبوت نفس امكان التسليم أي القدرة عليه بالتخلية أو بالتهايؤ وما نحن بصدده جواب عن قولهما ذلك فكان المراد به أيضا ما أريد به هنالك (قوله وبخلاف الشيوع الطارئ لان القدرة على التسليم ليست بشرط للبقاء) قال صاحب العناية ليس لقوله هذا تعلق

العقد وشرط الشئ يسبقه وحكم الشئ يعقبه أو يقارنه فلا يصلح شرطا لجواز العقد لئلا ينقلب الحكم شرطا وهذا لانه لا وجود للحكم الا بصحة العقد ولا صحة للعقد الا به من حيث هو شرط فلا يصح أبدا (قوله وأما اذا آجر من شريكه فالكل يحدث على ملكه فلا شيوع) لان المقصود من الاستئجار الانتفاع والمنفعة هي المعقود عليها واستيفاء المعقود عليه على الوجه الذي استحقه بالعقد يتأتى ههنا لانه يسكن جميع الدار فكان مستوفيا منفعة نصيبه بملكه ومنفعة المستأجر بحكم الاجارة والاختلاف في النسبة لا يضره وهو نظير بيع الآبق ممن في يده يجوز لكون التسليم مقدورا عليه وهذا بخلاف الرهن لان بالشيوع هناك ينعدم المعقود عليه وهو الحبس الدائم اذ لا تصور له وفي هذا الشريك والاجنبي سواء فاما ههنا بالشيوع لا ينعدم المعقود عليه وهو المنفعة بل انما يتعذر التسليم وذلك لا يوجد في حق الشريك وبخلاف الهبة فالشيوع فيما يحتمل القسمة يمنع تمام القبض الذي يقع به الملك والهبة من الشريك وغيره في ذلك سواء (قوله على أنه لا يصح في رواية الحسن عنه) فجعله كالرهن على هذه الرواية لان استيفاء المنفعة التي يتناولها العقد لا يتأتى الا بغيرها وهو منفعة نصيبه وذلك مفسد لعقد الاجارة كمن استأجر أحد زوجي المقراض لمنفعة قرض الثياب لا يجوز لان استيفاء المعقود عليه بما لم يتناوله العقد لا يمكن الا بما لم يتناوله العقد (قوله وبخلاف الشيوع الطارئ) بان آجر

سائر بيع الحش فكان التمكن بالتخلية فيه حاصلا وقوله (وأما التهايؤ) جواب عن قولهما أو بالتهايؤ وحاصله أن التهايؤ من أحكام العقد بواسطة الملك فهو متأخر عن العقد الموجب للملك وهو منتف لانتفاء شرطه وهو القدرة على التسليم ولا يمكن اثباته بالتهايؤ لانه لا يمكن أن يكون ثبوت الشئ بما يتأخر عنه ثبوتا وقوله (وبخلاف ما اذا آجر من شريكه) جواب عن قولهما فصار كما اذا آجر من شريكه ووجهه أنه اذا آجر من شريكه (فالكل يحدث على ملكه فلا شيوع) وفيه نظر لانه لو لم يكن فيه شيوع لجاز الهبة والرهن من الشريك لكنه لم يجز وأجيب بان المراد لا شيوع يمنع التسليم وهو المقصود فيما نحن فيه فالمنفي شيوع موصوف ويجوز أن يكون الشيوع مانعا الحكم باعتبار دون آخر فيمنع عن جواز الهبة من حيث القبض فان القبض التام لا يحصل في الشائع كما تقدم أن الشريك والاجنبي فيه سواء ويمنع جواز الرهن لانعدام المعقود عليه وهو الحبس الدائم لانه في الشائع غير متصور والشريك والاجنبي فيه سواء وأما ههنا فلا ينعدم المعقود عليه وهو المنفعة وانما يتعذر التسليم وذلك لا يوجد في حق الشريك وقوله (والاختلاف في النسبة لا يضره) جواب عما يقال سلمنا أن الكل يحدث على ملكه لكن على اختلاف مع النسبة لان الشريك ينتفع بنصيبه بنسبة الملك وبنصيب شريكه بالاستئجار فيكون الشيوع موجودا ووجه ذلك أن الاختلاف في السبب غير معتبر اذا اتحد المقصود على أنا نمنع جوازه على رواية الحسن عنه فكان كالرهن على هذه الرواية وقوله (وبخلاف الشيوع الطارئ) ليست

التسليم به فكما أن التسليم حكم العقد والقدرة عليه شرط فكذلك يقال في التهايؤ قوله لانه لا يمكن أن يكون ثبوت الشئ بما يتأخر عنه ثبوتا) أقول يجوز ثبوت العلم بالشئ بما يتأخر عنه ثبوتا وما نحن بصدده منه (قوله وأجيب بان المراد لا شيوع يمنع التسليم وهو المقصود فيما نحن فيه الخ) أقول فيه تأمل (قوله لانه في الشائع غير متصور الخ) أقول فيه بحث

بان آجر رجل من رجلين ثم مات أحدهما فانه تبقى الاجارة فى نصيب الحى شائعا فى ظاهرا (لان لرواية القدرة على التسليم ليست بشرط للبقاء) لان القدوة لوجوب التسليم ووجوبه فى الابتداء دون البقاء ليس له تعلق ظاهرا الا أن يجعل تمهيد الجواب عن قولهما أو من رجلين لكنه فى قوله و بخلاف ما اذا آجر نبوة عن ذلك تعرف بالتامل وقوله (و بخلاف ما اذا آجر من رجلين جواب عن ذلك ووجهه ما قال ان التسليم يقع جملة ثم الشيوع بتفرق الملك فيما بينهما طارئ) فان قيل لا نسلم أنه طارئ بل هو مقارن لانها تنعقد ساعة فساعة أجيب بان بقاء

الاجارة له حكم الابتداء من وجه لانها عقد لازم فلا يكون مقارنا وهو فاسد لان العقد الغير اللازم هو الذى يكون للبقاء فيه حكم الابتداء كما تقدم فى الوكالة على أنه لو ثبت هذا ابتداء و بقاء سقط الاعتراض وانما الخصم يقول لا بقاء للعقد فيها والصواب أن يقال الطر بان انما هو على التسليم لا على العقد وذلك مما لا يشك فيه

(قوله ليس له تعلق ظاهرا) أقول خبر لقوله وقوله وبخلاف الشيوع الخ (قوله الا أن يجعل تمهيد الجواب عن قولهما أو من رجلين الخ) أقول الظاهر أنه جواب لما عسى يستدل به الامامان على مدعاهما بجواز الاجارة فى صورة الشيوع الطارئ بان يموت أحد المؤاجرين بعدما آجرا دارا لهما من رجل مثلا وان لم يكن مذكورا فى تفسير دليلهما فى هذا الكتاب الا أن له نظائر كثيرة (قوله وهو فاسد لان العقد الغير اللازم هو الذى يكون للبقاء فيه حكم لابتداء) أقول لعل مراد المجيب أن بقاء الاجارة له حكم الابتداء فى جعل المعقود عليه غير المستاجر وقوله لانها عقد لازم يريد ان اقامة العين المستاجرة مقام المنفعة كان ليكون العقد لازما فيكون ذلك العقد باقيا حكما كما فى سائر العقود وقوله من وجه يومئ الى ما ذكرنا أيضا فتنبه فلا يرد ما أورده الشارح (قوله كما تقدم فى الوكالة) أقول فى باب عزل الوكيل (قوله وانما الخصم يقول لا بقاء للعقد فيها) أقول لا معتبر لكلام الخصم بعد قيام الدليل على خلافه (قوله والصواب أن يقال الطريان انما هو على التسليم لا على العقد) أقول يوضحه أنه اذا عقد الاجارة مع الرجلين فمات أحدهما بعد العقد قبل التسليم تفسد الاجارة فى حق الحى وان كان ذلك حال بقاء العقد

ليست بشرط للبقاء و بخلاف ما اذا آجر من رجلين لان التسليم يقع جملة ثم الشيوع بتفرق الملك فيما بينهما طارئ

ظاهرا الا أن يجعل تمهيد الجواب عن قولهما أو من رجلين لكن فى قوله وبخلاف ما اذا آجر من رجلين نبوة عن ذلك تعرف بالتامل اه كلامه (أقول) لا يذهب على ذى فطرة سليمة ان مقصود المصنف من قوله هذا دفع اشكال يرد على دليل أبى حنيفة وهو ان الشيوع الطارئ لا يفسد الاجارة بالاجماع مع انتفاء القدرة على التسليم هنالك أيضا ولا شك ان لهذا تعلقا ظاهرا بما نحن فيه من غير احتياج الى ان يجعل تمهيدا لما بعده (قوله وبخلاف ما اذا آجر من رجلين لان التسليم يقع جملة ثم الشيوع بتفرق الملك فيما بينهما طارئ) قال تاج الشريعة فان قلت الشيوع مقارن لا طارئ فانها عقد مضاف يعقد ساعة فساعة فكان الطارئ كالمقارن قلت بقاء الاجارة له حكم الابتداء من وجه دون وجه لانها عقد لازم فلا يكون مقارنا اه كلامه ورد عليه صاحب العناية جوابه حيث قال فان قيل لا نسلم انه طارئ بل هو مقارن لانها تنعقد ساعة فساعة أجيب بان بقاء الاجارة له حكم الابتداء من وجه لانها عقد لازم فلا يكون مقارنا قال وهو فاسد لان العقد الغير اللازم هو الذى يكون للبقاء فيه حكم الابتداء كما تقدم فى الوكالة على أنه لو ثبت هنا ابتداء و بقاء سقط الاعتراض وانما الخصم يقول لا بقاء للعقد فيها اه (أقول) كل من أصل رده وعلاوته فاسد أما الاول فلان قول المجيب لانها عقد لازم ناظر الى قوله دون وجه أو الى مجموع قوله من وجه دون وجه من حيث هو مجموع لا الى قوله من وجه وحده كما توهمه صاحب العناية و بنى عليه رده كما ترى فمعنى الجواب ان لبقاء الاجارة حكم الابتداء من وجه دون وجه لانها عقد لازم فان العقد الغير اللازم يكون لبقائه حكم الابتداء من كل الوجوه فاذا لم يكن لبقاء الاجارة حكم الابتداء من وجه لم يكن الشيوع مقارنا للعقد من هذا الوجه فلم يكن الطارئ كالمقارن والحاصل ان مدار الجواب المزبور على الفرق بين الشيوع الطارئ والمقارن من الوجه الثانى دون الاول وصاحب العناية توهم العكس حتى طوى فى تقرير الجواب قول المجيب دون وجه ولم يدر أن الجواب حينئذ لا يكون دافعا للسؤال أصلا بل يكون مقويا له كما يظهر بالتأمل الصادق وأما الثانى فلان ثبوت البقاء لعقد الاجارة مما لم ينازع فيه أحد فان الاصل عندنا أن العين المستأجرة أقيمت مقام المنفعة فى اضافة العقد اليها وان العقد وهو الايجاب والقبول الصادران من المتعاقدين مع ارتباط أحدهما بالآخر باق شرعا ببقاء العين المستأجرة على السلامة وانما الذى يتجدد ساعة فساعة هو الانعقاد فى حق المعقود عليه وهو المنفعة الحادثة شيئا فشيئا وهذا مع كونه معلوما مما تقرر فى صدر كتاب الاجارة منكشف بما ذكر ههنا فى الكافى وكثير من الشروح وهو ان الشيوع الطارئ بان آجر رجل من رجلين ثم مات أحد المستاجرين أو بان آجر رجلان من رجل ثم مات أحد المؤجرين يفسد العقد فى حق الحى فى رواية الطحاوى عن خالد بن صبيح عن أبى حنيفة لان الاجارة يتجدد انعقادها بحسب حدوث المنافع فكان هذا فى معنى الشيوع المقترن بالعقد وفى ظاهر الرواية يبقى العقد فى حق الحى لان تجدد الانعقاد فى حق المعقود عليه فاما أصل العقد فنعقد لازم فى الحال و باعتبار هذا

رجل من رجلين ثم مات أحد المستأجرين أو آجر رجلان من رجل ثم مات أحد المؤاجرين فانه تبقى الاجارة

قال (ويجوز استئجار الظئر بأجرة معلومة) لقوله تعالى فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن ولان التعامل به كان جاريا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وقبله وأقرهم عليه ثم قيل ان العقد يقع على المنافع وهي خدمتها للصبي والقيام به واللبن يستحق على طريق التبع بمنزلة الصبغ في الثوب وقيل ان العقد يقع على

المعنى الشيوع طارئ والشيوع الطارئ ليس نظير المقارن كما في الهبة اذا وهب كل الدار وسلمها ثم رجع في نصفها اه ما في الكافي وكثير من الشروح وهكذا ذكر في المبسوط والاسرار أيضا فتنبه (قوله ويجوز استئجار الظئر بأجرة معلومة) قال في النهاية اعلم أن القياس يأبى جواز اجارة الظئر لانها ترد على استهلاك العين مقصودا وهو اللبن فكان بمنزلة ما لو استأجر شاة أو بقرة مدة معلومة بأجر معلوم ليشرب لبنها لكن جوزناها استحسانا لقوله تعالى فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن وهذا العقد لا يرد على العين وهو اللبن مقصودا وانما يقع على فعل التربية والحضانة وخدمة الصبي واللبن يدخل فيها تبعا لهذه الاشياء ومثل هذا جائز كما لو استأجر صباغا ليصبغ له الثوب فانها جائزة وطريق الجواز أن يجعل العقد واردا على فعل الصباغ والصبغ يدخل فيه تبعا فلم تكن الاجارة واردة على استهلاك العين مقصودا وبهذا خرج الجواب عن فصل البقرة والشاة لان هناك عقد الاجارة يرد على استهلاك العين مقصودا كذا في الذخيرة الى هنا لفظ النهاية (أقول) هذا تحرير ركيك بل مختل لان المشايخ قد كانوا مختلفين في أن المعقود عليه في استئجار الظئر ماذا فقال بعضهم هو المنافع وهي خدمتها للصبي واللبن يقع كالصبغ في الثوب وقال بعضهم هو اللبن والخدمة تابعة على ما سيأتي تفصيل ذلك ومدار ما ذكر في وجه القياس هو القول الثاني ومدار ما ذكر في وجه الاستحسان بقوله وهذا العقد لا يرد على العين الخ هو القول الاول فهل ينبغي أن يقال في المسئلة المتفق عليها ان القياس يأبى جوازها لكن جوزناها استحسانا فيذكر في وجه القياس ما يختص باحد القولين في معنى هاتيك المسئلة وفي وجه الاستحسان ما يختص بالقول الآخر في معناها ولا يخفى أنه لا يصح على أحد القولين وجه القياس ولا يصح على الآخر وجه الاستحسان فلا يوجد في المسئلة قياس واستحسان على الوجه المزبور على أن ما ذكر في وجه الاستحسان يقتضي انتفاء ذلك القياس رأسا لا ترك العمل به بعد تقرر ثبوته كما هو حكم الاستحسان في مقابلة القياس على ما عرف تأمل تقف (قوله لقوله تعالى فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن) قال الشراح يعني بعد الطلاق (أقول) الاولى أن يقال يعني بعد الطلاق والعدة ليوافق ما مر في الكتاب في باب النفقة من كتاب الطلاق وهو قوله وان استأجرها وهي زوجته أو معتدته لترضع ولدها لم يجز اه وقصد بعض الفضلاء توجيه كلامهم فقال في تفسير قول صاحب العناية يعني بعد الطلاق البائن وقال اذ لا يجوز بعد الطلاق الرجعي قبل انقضاء العدة اه (أقول) ليس ذلك بتام لانه لا يجوز بعد الطلاق البائن أيضا قبل انقضاء العدة في رواية وهي التي اختارها في الكتاب فيما مر وعن هذا قال المصنف هناك وهذا في المعتدة عن طلاق رجعي

في نصيب الآخر شائعا وهذا هو ظاهر الرواية فان مات أحد المستأجرين حتى بطل العقد في نصيبه فعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يفسد العقد في حق الآخر لان الاجارة يتجدد انعقادها بحسب ما يحدث من المنفعة فكان هذا في معنى شيوع يقترن بالعقد وفي ظاهر الرواية يبقى العقد في حق الآخر لان تجدد الانعقاد في حق المعقود عليه فاما أصل العقد فنعقد لازم في الحال وباعتبار هذا المعنى الشيوع الطارئ والطارئ من الشيوع ليس نظير المقارن كما في الهبة اذا وهب له جميع الدار وسلمها ثم رجع في نصفها وبخلاف ما اذا آجر من رجلين فان تسليم المعقود عليه كما أوجبه العقد مقدور عليه للمؤاجر ثم المهايأة بعد ذلك تكون بين المستأجرين بحكم ملكهما وهو نظير الرهن من رجلين فهو جائز لوجود المعقود عليه وانما وجب أجر المثل اذا سكن لان الفساد للعجز عن التسليم فلا يمنع الانعقاد على الفساد كما اذا باع عبدا آبقا بالف درهم فان العقد ينعقد على الفساد حتى اذا قبض الالف ملكها بحكم العقد الفاسد (قوله ويجوز استئجار الظئر باجرة معلومة) لقوله تعالى فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن والمراد به بعد الطلاق وقوله تعالى وان تعاسرتم فسترضع له أخرى

قال (ويجوز استئجار الظئر بأجرة معلومة الخ) استئجار الظئر باجرة معلومة جائز لقوله تعالى فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن يعني بعد الطلاق ولان التعامل به كان جاريا في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وقبله وأقرهم عليه واختلف العلماء في المعقود عليه فقيل هو المنافع وهي خدمتها للصبي والقيام به واللبن تبع كالصبغ في الثوب وهو اختيار صاحب الذخيرة والايضاح والمصنف وقيل هو اللبن والخدمة تابعة وهو اختيار شمس الائمة السرخسي حيث قال في المبسوط والاصح أن العقد يرد على اللبن لانه هو المقصود وما سوى ذلك من القيام بمصالحه تبع والمعقود عليه ما هو المقصود وهو منفعة الثدي ومنفعة كل عضو على حسب ما يليق به واستوضح المصنف هذه الجهة بقوله ولهذا لو أرضعته

(قوله يعني بعد الطلاق) أقول يعني بعد الطلاق البائن اذ لا يجوز بعد الطلاق الرجعي قبل انقضاء العدة

بلبن شاة لا تستحق الاجر وبين ماهو المختار عنده بقوله والاول أقرب الى الفقه لان عقد الاجارة لا ينعقد على اتلاف الاعيان مقصودا كمن استأجر بقرة ليشرب لبنها وعد بيان العذر عن الارضاع بلبن شاة وتعجب صاحب النهاية من اختيار المصنف ما أعرض عنه شمس الائمة بعد رؤيته الدليل الواضح وهو تقليد صرف لان الدليل ليس بواضح لان مداره قوله لانه هو المقصود وهو ممنوع بل المقصود هو الارضاع وانتظام أمر معاش الصبي على وجه خاص يتعلق بامور ووسائط منها اللبن فجعل العين المرئية منفعة ونقض القاعدة الكلية ان عقد الاجارة عقد على اتلاف المنافع مع الغنى عن ذلك بما هو وجه صحيح ليس بواضح ولا يتشبث له بما روى ابن سماعة عن محمد أنه قال استحقاق لبن الآدمية بعقد الاجارة دليل على أنه لا يجوز بيعه وجواز بيع لبن الانعام دليل على أنه لا يجوز استحقاقه بعقد الاجارة لانه ليس بظاهر الرواية ولئن كان فنحن مامنعنا أن يستحق بعقد الاجارة وانما الكلام في استحقاقه من حيث كونه مقصودا أو تبعا وليس في كلام محمد مايدل على شئ من ذلك

(قوله وهو تقليد صرف) أقول يعني لشمس الائمة (قوله فجعل العين المرئية) أقول قوله فجعل مبتدأ وخبره يجيء بعد سطرين وهو قوله ليس بواضح (قوله ونقض القاعدة الكلية) أقول اذا جعل اللبن منفعة لا تنتقض القاعدة الكلية الا أن يقال المراد هو المنافع حقيقة ولكن الخصم من وراء المنع (قوله ولا يتشبث له) أقول ناظر الى قوله ان عقد الاجارة عقد على اتلاف المنافع (قوله دليل على أنه لا يجوز بيعه الخ) أقول لانه دليل على كونه من المنافع والبيع يرد على الاعيان دون المنافع (قوله على أنه لا يجوز استحقاقه بعقد الاجارة) أقول لان الاعيان لا تستحق به بل الذي يستحق به انما هو المنافع (قوله لانه ليس بظاهر الرواية) أقول ناظر لقوله ولا يتشبث له (قوله وليس في كلام محمد مايدل على شئ من ذلك) أقول بل يدل على استحقاقه من حيث كونه مقصودا الظهور أن استحقاقه تبعا لا يدل على عدم جواز بيعه كما في الصبغ

اللبن والخدمة تابعة ولهذا لو أرضعته بلبن شاة لا تستحق الاجر والاول أقرب الى الفقه لان عقد الاجارة لا ينعقد على اتلاف الاعيان مقصودا كما اذا استأجر بقرة ليشرب لبنها وسنبين العذر عن الارضاع بلبن الشاة ان شاء الله تعالى

رواية واحدة وكذا في المبتوتة في رواية اهـ فتدبر (قوله والاول أقرب الى الفقه لان عقد الاجارة لا ينعقد على اتلاف الاعيان مقصودا الخ) القول الاول اختيار صاحبي الذخيرة والايضاح واختاره المصنف كما ترى والقول الثاني اختيار شمس الائمة السرخسي حيث قال في المبسوط و زعم بعض المتأخرين أن المعقود عليه المنفعة وهي القيام بخدمة الصبي وما يحتاج اليه وأما اللبن فتبع فيه لان اللبن عين والعين لا تستحق بعقد الاجارة كلبن الانعام ثم قال والاصح أن العقد يرد على اللبن لانه هو المقصود وهو منفعة الثدي ومنفعة كل عضو على حسب ما يليق به هكذا ذكره ابن سماعة عن محمد رحمه الله فانه قال استحقاق لبن الآدمية بعد الاجارة دليل على أنه لا يجوز بيعه وجواز بيع لبن الانعام دليل على أنه لا يجوز استحقاقه بعقد الاجارة اهـ كلامه وتعجب صاحب النهاية من اختيار المصنف ما أعرض عنه الامام الكبير شمس الائمة السرخسي بعد أن رأى مثل هذا الدليل الواضح والرواية المنصوصة عن محمد رحمه الله ورد عليه صاحب العناية بعد أن روى تعجبه من ذلك حيث قال وهو تقليد صرف لان الدليل ليس بواضح لان مداره قوله لانه هو المقصود وهو ممنوع بل المقصود هو الارضاع وانتظام أمر معاش الصبي على وجه خاص يتعلق بامور ووسائط منها اللبن فجعل العين المرئية منفعة ونقض القاعدة الكلية أن عقد الاجارة عقد على اتلاف المنافع مع الغنى عن ذلك بما هو وجه صحيح ليس بواضح ولا يتشبث له بما روى ابن سماعة عن محمد رحمه الله أنه قال استحقاق لبن الآدمية بعقد الاجارة دليل على أنه لا يجوز بيعه وجواز بيع لبن الانعام دليل على أنه لا يجوز استحقاقه بعقد الاجارة لانه ليس بظاهر الرواية ولئن كان فنحن مامنعنا أن يستحق بعقد الاجارة وانما الكلام في استحقاقه من حيث كونه مقصودا أو تبعا وليس في كلام محمد مايدل على شئ من ذلك الى هنا كلامه (أقول) خاتمة كلامه ليست بصحيحة اذ في كلام محمد مايدل على أن استحقاقه من حيث كونه مقصودا لا محالة لانه قال استحقاق لبن الآدمية لعقد الاجارة دليل على أنه لا يجوز بيعه ولا شك انه لا دلالة على عدم جواز بيعه الا بان يكون استحقاقه من حيث كونه مقصودا ألا يرى أن الصبغ في الثوب يستحق بعقد الاجارة تبعا مع أنه مما يجوز بيعه قطعا ثم ان للشارح العيني ههنا كلمات كثيرة مزخرفة ذكرها تقوية لما ذهب اليه شمس الائمة السرخسي وردا على صاحب العناية ماذكره في رده على صاحب النهاية فان ذكرنا كلها وبينا حالها التزمنا الاطناب بلا طائل ولكن لا علينا أن نذكر نبذا من أولها وآخرها قال بعد نقل ما في النهاية والعناية قلت قول شمس الائمة هو الاقرب الى الفقه لان الاعيان التي تحدث شيأ فشيأ مع بقاء أصلها بمنزلة المنافع فيجوز اجارتها كالعارية لمن ينتفع بالمتاع ثم يرده والعرية لمن يأكل ثمرة الشجرة ثم يردها والمنحة لمن يشرب لبن الشاة ثم يردها ثم قال في آخر كلامه وكيف يقول صاحب العناية لما روى ابن سماعة عن محمد رحمه الله انه غير ظاهر الرواية وهو من كبار أصحاب محمد وأبي يوسف القاضي وكان من العلماء الكبار الصالحين وكان يصلي كل يوم

ثم قيل ان العقد يقع على المنافع وهو اختيار صاحب الذخيرة والايضاح وصاحب الهدايه كما ترى (قوله والاول أقرب الى الفقه) وقيل ان العقد على اللبن والخدمة تابعة وهو اختيار الامام المحقق شمس الائمة السرخسي

(قوله واذا ثبت ماذكرنا) يعنى من جواز الاجارة باحد الطريقين (صح اذا كانت الاجرة معلومة اعتبارا باستئجار عبد الخدمة مثلا) فان قيل قد علم من أول المسئلة جوازها حيث صدر الحكم فاستدل فما فائدة هذا الكلام قلت أثبت جوازها بالكتاب والسنة

واذا ثبت ماذكرنا يصح اذا كانت الاجرة معلومة اعتبارا بالاستئجار على الخدمة قال (ويجوز بطعامها وكسوتها استحسانا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا لا يجوز) لان الاجرة مجهولة فصار كما اذا استاجرها للخبز والطبخ وله أن الجهالة لا تفضى الى المنازعة لان فى العادة التوسعة على الاظآر شفقة على الاولاد فصار كبيع قفيز من صبرة بخلاف الخبز والطبخ لان الجهالة فيه تفضى الى المنازعة (وفى الجامع الصغير فان سمى الطعام دراهم ووصف جنس الكسوة وأجلها وذرعها فهو جائز) يعنى بالاجماع ومعنى تسمية الطعام دراهم أن يجعل الاجرة دراهم ثم يدفع الطعام مكانه

مائتى ركعة انتهى كلامه (أقول) كل ماقاله فى الاول والآخر فاسد أما ماقاله فى الاول فلان معنى حدوث المنافع شيئا فشيئا أن لا يكون لها بقاء أصلا بناء على عدم بقاء الاعراض زمانين عند المتكلمين ولا شك أن هذا المعنى ليس بمتحقق فى الاعيان فكيف تكون الاعيان بمنزلة المنافع ولو سلم ذلك لم يجز اجارة الاعيان قطعا اذ حقيقة الاجارة تمليك المنافع بعوض دون تمليك الاعيان فان تمليك الاعيان بعوض هو البيع لا غير وهذا أمر مقرر عند الفقهاء قاطبة وماذكره من التنظيرات والتشبيهات مما لا يجدى شيئا أما صورة العارية فلان العين هناك باق على حاله وانما الانتفاع بالمنافع فلا مساس لها بما نحن فيه وأما الصورتان الاخريان فلان المعنى فيهما وان كان تمليكا للعين لكن لا بطريق الاجارة بل بطريق الهبة والعطية فلا فائدة لهما فيما نحن فيه اذ الكلام فى أن عقد الاجارة لا يرد على الاعيان لا ان شيأ من العقود لا يرد عليها وأما ماقاله فى الآخر فلان المراد بظاهر الرواية عند الفقهاء رواية الجامعين والزيادات والمبسوط والمراد بغير ظاهر الرواية عندهم رواية غيرها وهذا مع كونه شائعا فيما بينهم مذكورا فى مواضع شتى قد صرح به الشراح قاطبة حتى ذلك الشارح نفسه أيضا فى كتاب الاقرار ولا شك أن مراد صاحب العناية أيضا ههنا بقوله ان ماروى ابن سماعة عن محمد ليس بظاهر الرواية أنه ليس من رواية تلك الكتب الاربعة لمحمد رحمه الله التى هى الرواية المعتد بها جدا وكون ابن سماعة من كبار العلماء الصالحين مما لا يقدح فى ذلك قطعا وما الشبهة فيه الا من الغفول عن اصطلاح الفقهاء فى ظاهر الرواية وغير ظاهرها فكأنه نسى ماقد مست يداه (قوله واذا ثبت ماذكرنا يصح اذا كانت الاجرة معلومة اعتبارا بالاستئجار على الخدمة) قال جماعة من الشراح فى تفسير قوله ماذكرنا يعنى من جواز الاجارة باحد الطريقين (أقول) فيه نظر اذ لو كان مراد المصنف بقوله ماذكرنا مايعم الطريقين لما تم قوله اعتبارا بالاستئجار على الخدمة لان الاعتبار بالاستئجار على الخدمة أى القياس على ذلك لا يصح على الطريق الثانى فان العقد فى الاستئجار على الخدمة يقع على اتلاف المنفعة مقصود الامحالة وفى استئجار الظئر يقع على اتلاف العين مقصودا على موجب الطريق الثانى فكيف يصح اعتبار أحدهما بالآخر فالحق أن مراده بقوله ماذكرنا ما اختاره من رجحان الطريق الاول على الطريق الثانى وعن هذا قدم ذكر الكتاب والسنة فى اثبات هذه المسئلة وأخر ذكر القياس الى هنا فان اثباتها بالكتاب والسنة متمش على كلا الطريقين فناسب ذكرهما متصلا باصل المسئلة وأما اثباتها بالقياس فمختص بالطريق الاول فناسب ذكره بعد تفصيل الطريقين وبيان ماهو المختار عنده موافق للقياس فبهذا التحقيق ظهر سقوط السؤال وركاكة الجواب اللذين ذكرهما صاحب العناية بقوله فان قيل قد علم من أول المسئلة جوازها حيث صدر الحكم فاستدل فما فائدة هذا الكلام قلت أثبت جوازها بالكتاب والسنة أولا ثم رجع الى اثباتها بالقياس اه تدبر تفهم (قوله ومعنى تسمية الطعام دراهم أن يجعل الاجرة دراهم ثم يدفع الطعام مكانه) قال

(قوله فصار كما اذا استاجرها للخبز والطبخ) أى بطعامها وكسوتها

أولا ثم رجع الى اثباتها بالقياس ويجوز أن يكون توطئة لقوله (ويجوز بطعامها وكسوتها) يعنى جازت باجرة معلومة كسائر الاجارات وبطعامها وكسوتها أيضا (استحسانا عند أبى حنيفة) لان العادة الجارية بالتوسعة على الاظآر شفقة على الاولاد ترفع الجهالة بخلاف ماقالاه من غيرها من الاجارات كالخبز والطبخ وغير ذلك فان الجهالة فيها تفضى الى المنازعة فلا يجوز بطعام الطباخة وكسوتها وذكر رواية الجامع الصغير اشارة الى ما يجعله مجمعا عليه بمعرفة الجنس والاجل والمقدار وفسر قوله فان سمى الطعام دراهم (بان تجعل الاجرة دراهم ثم يدفع الطعام مكانه) أى مكان المسمى من الدراهم قال صاحب النهاية وهذا التفسير الذى

(قوله قوله واذا ثبت ماذكرنا يعنى من جواز الاجارة باحد الطريقين الخ) أقول ولعل مراد المصنف هو الاشارة الى ماهو المختار من الطريق الاول كما يفهم من المقيس عليه فليتامل (قوله ويجوز أن يكون توطئة لقوله ويجوز بطعامها) أقول يأبى عن ذلك قوله اعتبارا بالاستئجار على الخدمة فليتامل قال المصنف (وفى الجامع الصغير فان سمى الطعام دراهم) أقول يجوز أن يكون الطعام منصوبا على نزع الخافض أى للطعام أو المراد بالتسمية هو التعيين أى عين الطعام بدراهم وتعديته الى دراهم بنفسه باعتبار معناه الاصلى فتامل قال المصنف (ثم يدفع الطعام مكانه) أقول هذا لا يفهم من عبارة الجامع وانما يفهم منه أنه يسمى بدل الطعام دراهم لا غير تامل وهذا

وهـذا لاجهالة فيـه (ولوسمى الطعام وبين قدره جاز أيضا) لما قلنا ولا يشترط تاجيله لان أوصافها أثمان

صاحب النهاية وهذا التفسير الذى ذكره لا يستفاد من ذلك اللفظ ولكن يحتمل أن يكون معناه أى سمى الدراهم المقدرة بمقابلة طعامها ثم أعطى الطعام بازاء الدراهم المسماة اهـ (أقول) ليت شعرى كيف يستفاد هذا المعنى من ذلك اللفظ حتى يصح طعنه فى المعنى الذى ذكره المصنف بانه لا يستفاد من ذلك اللفظ وقبوله هـذا المعنى فان هذا المعنى ان لم يكن أكثر بعدا من ذلك اللفظ من المعنى الذى ذكره المصنف فلا أقل من المساواة لانه اذا صير الى حذف المضاف واقامة المضاف اليه مقامه فى ذلك اللفظ أى لفظ الجامع الصغير بان كان تقديره ان سمى بدل الطعام دراهم كما حمله عليه الامام الزيلعى جاز أن يفهم منـه أول المعنى الذى ذكره المصنف وهو قوله أن يجعل الاجرة دراهم ولكن لا يفهم منـه أصلا آخره وهو قوله ثم يدفع الطعام مكانه كما نبـه عليه الامام الزيلعى حيث قال لكن لا يفهم منه أنه أعطى بدل الدراهم طعاما وانما يفهم منه أنه سمى بدل الطعام دراهـم لاغير اهـ وأما المعنى الذى ذكره صاحب النهاية فله اشتراك فى الآخر مع المعنى الذى ذكره المصنف وفى أوله تفصيل زائد على ما فى أول المعنى الذى ذكره المصنف فان فهم ذلك التفصيل من المضاف المقدر فى لفظ الجامع الصغير كان المعنيان متساويين فى انفهام البعض الاول منهما من ذلك اللفظ وعـدم انفهام البعض الآخر منهما منه والا كان المعنى الذى ذكره صاحب النهاية أكثر بعدا عن ذلك اللفظ من المعنى الذى ذكره المصنف فلا وجه لرد الثانى وقبول الاول وقال صاحب العناية بعد أن نقل ما قال صاحب النهاية وهو حق ولكن لو قدر فى كلام المصنف لفظة بدلا بان يقال أن يجعل الاجرة دراهم بدلا آل الى ذلك اهـ (أقول) لا يخفى على من له دربة باساليب الكلام أن تقدير بدلا بعد أن أخذت كلمـة أن يجعل مفعوليها ركيك من حيث الاعراب والمعنى فعليك بالتأمل الصادق مع ملاحظة قوله ثم يدفع الطعام مكانه وذكر بعض الفضلاء توجيهين آخرين للفظ الجامع الصغير حيث قال يجوز أن يكون الطعام منصوبا على نزع الخافض أى للطعام أو المراد بالتسمية هو التعيين أى عين الطعام بدراهم وتعديته الى دراهم بنفسه باعتبار معناه الاصلى تامل اهـ كلامه (أقول) كلا التوجيهين مجروح أما الاول فلانه قد تقرر فى علم النحو أن حذف حرف الجر مع غير أن وأن انما يجوز فيما يسمع نحو استغفرت الله ذنبا أى من ذنب وبغاه الخير أى بغى له وأما فيما لا يسمع فلا يجوزوا هـذا لم يجز حذف الجار من اياك من الاسد اذ لم يسمع وعن هذا قال ابن الحاجب ولا تقل اياك الاسد لامتناع تقـدير من انتهى وفيما نحن فيه أيضا لم يسمع فلا يجوز نزع الخافض أى حذف حرف الجر ولهذا لم يتعرض المصنف وغيره من الثقات لهذا التوجيه مع ظهوره جدا وأما الثانى فلانه اذا كان المراد بالتسمية هو التعيين لا يصح تعديته الى دراهم بنفسه باعتبار معناه الاصلى والا يلزم الجمع بين معنيي التسمية وهو لا يجوز سواء كان اللفظ حقيقة فى كل واحد من المعنيين أو حقيقة فى أحدهما مجازا فى الآخر اذ لا يجوز عموم المشترك ولا الجمع بين الحقيقة والمجاز عندنا على ما عرف فى علم الاصول (قوله ولا يشترط تاجيله لان أوصافها أثمان) قال كثير من ثقات الشراح فى شرح قوله أوصافها أى أوصاف الطعام على تاويل الحنطة اهـ (أقول) فيه نظر اذ لا شك ان المراد بالطعام فى مسئلتنا هذه ما يعم الحنطة وغيرها فكيف يتم تاويل ذلك بالخاص فى مقام الاستدلال على العام والحق عندى ان مرجع الضمير هو الطعام بتاويل كونه أجرة فى مسئلتنا هذه فالمعنى ان هذه الاجرة أوصافها أوصاف أثمان فلا يشترط تاجيلها بخلاف الكسوة كما سنذكر والعجب ان صاحب العناية بعد ان قال فى تفسير قول المصنف ولا يشترط تاجيله أى تاجيل الطعام المسمى أجرة سلك فى تاويل تانيث ضمير أوصافها

(قوله ولا يشـترط تاجيـله لان أوصافها أثمان) يعـنى ان المكيل والموزون اذا كان موصوفا غير مشار يثبت دينا فى الذمة والدين تارة يصير مؤجـلا وتارة معجلا كالدراهم والدنانير بخلاف الثوب فانه لا يثبت دينا فى الذمة الا فى السلم ويشترط بيان الاجل فى السلم فكذا اذا استاجرها بثياب موصوفة

ذكره لا يستفاد من ذلك اللفظ ولكن يحتمل أن يكون معناه أى سمى الدراهم المقـدرة بمقابلة طعامها ثم أعطى الطعام بازاء الدراهم المسماة وهو حق ولكن لو قدر فى كلام المصنف لفظة بدلا بان يقال أن يجعـل الاجرة دراهم بدلا آل الى ذلك (وهذا) أى جعـل الاجرة على هـذا الوجـه (لاجهالة فيه وكذا لو سمى الطعام وبين قدره ولا يشترط تاجيله) أى تاجيل الطعام المسمى أجرة (لان أوصافها) أى أوصاف الطعام بتاويل الحنطـة (أثمان) أى أوصاف أثمان من وجوبه فى الذمة اذا كان دينا والاثمان لا يشترط تاجيلها بخلاف ما اذا كان مسلما فيه لانه فى السلم مبيع وان كان دينا فاشترط تاجيـله بالسنة

(قوله ولكن يحتـمل أن يكون معناه سمى الدراهم المقدرة بمقابلة طعامها الخ) أقول بان يكون المضاف مقدرا فى كلام الجامع أى سمى بدل الطعام وهكذا ذكر الزيلعى الا أن التقدير لا بد له من قرينة فتامل هل هنا ما يصلح أن يكون قرينة لذلك

(و يشترط بيان مكان الايفاء) اذا كان له حمل ومؤنة (عند أبي حنيفة خلافا لهما وقد مر في البيوع) والباقي ظاهر قال (وليس المستأجر أن يمنع زوجها من وطئها الخ) وطء المرأة حق الزوج فلا يتمكن المستأجر من ابطاله ولهذا كان له أن يفسخ الاجارة اذا لم يعلم به أي بعقد الاجارة صيانة لحقه ولفظ الكتاب مطلق يتناول ما اذا كان الزوج ممن يشينه ظؤرة زوجته أولا وهو الاصح لانها ان كانت ترضعه في بيت أبويه فله أن يمنعها من الخروج عن منزله وان كانت ترضعه في بيته فله أن يمنعها من ادخال صبي الغير في منزله كما أن للمستأجر أن يمنع الزوج من غشيانها في منزله بعد الرضا بالعقد لان المنزل حقه فان حبلت كان لهم أن يفسخوا الاجارة اذا خافوا على الصبي من لبنها لان لبن الحامل يفسد الصبي فكان الخوف عذرا تفسخ به الاجارة كما لو مرضت (قوله وعليها أن تصلح طعام الصبي لان العمل) يعني العمل الراجع الى منفعة الصبي (على الظئر) والباقي ظاهر وقوله (وان أرضعته في المدة بلبن شاة فلا أجر لها لانها لم تات بعمل مستحق عليها وهو الارضاع فان هذا ايجار وليس بارضاع) دليل ظاهر على ما قدمناه رفانه انما لم يجب الاجر لاختلاف العمل) لا لانتفاء اللبن ولهذا لو أوجر الصبي بلبن الظئر في المدة لم تستحق الاجرة فعلم بهذا أن المعقود عليه هو الارضاع والعمل

دون العين وهو اللبن وقوله (انه اختلاف العمل) بدل من قوله لهذا المعنى وفي بعض النسخ وهو انه وفي بعضها لانه فان قيل الظئر أجير خاص أو مشترك أجيب بانها أجير خاص على ما يدل عليه لفظ المبسوط قال فيه ولو ضاع الصبي من يدها أو وقع فمات أو سرق من حلي الصبي أو ثيابه شي لم يضمن الظئر لانه بمنزلة الاجير الخاص فان العقد ورد على منافعها في المدة ألا ترى أنه ليس لها أن تؤجر نفسها من غيرهم بمثل ذلك العمل والاجير الخاص أمين فيما في يده وفيه نظر لانه قال لانه بمنزلة الاجير الخاص لا عينه وذكر في الذخيرة ما يدل على أنها يجوز أن تكون خاصا ومشتركا فانهم قالوا آجرت نفسها لقوم آخرين لذلك ولم يعلم الاولون فارضعت كل واحد منهما وفرغت أثمت وهذه جناية منها ولها الاجر كاملا على الفريقين وهذا يدل على أنها تحتملهما فقلنا بانها تستحق الاجر منهما كملا تشبيها بالاجير المشترك وتأثم بما فعلت نظرا الى

قال

(و يشترط بيان مكان الايفاء) عند أبي حنيفة خلافا لهما وقد ذكرناه في البيوع (وفي الكسوة يشترط بيان الاجل أيضا مع بيان القدر والجنس) لانه انما يصير دينا في الذمة اذا صار مبيعا وانما يصير مبيعا عند الاجل كما في السلم قال (وليس للمستاجر أن يمنع زوجها من وطئها) لان الوطء حق الزوج فلا يتمكن من ابطال حقه ألا ترى أن له أن يفسخ الاجارة اذا لم يعلم به صيانة لحقه الا أن المستاجر يمنعه عن غشيانها في منزله لان المنزل حقه (فان حبلت كان لهم أن يفسخوا الاجارة اذا خافوا على الصبي من لبنها) لان لبن الحامل يفسد الصبي ولهذا كان لهم الفسخ اذا مرضت أيضا (وعليها أن تصلح طعام الصبي) لان العمل عليها والحاصل أنه يعتبر فيما لا نص عليه العرف في مثل هذا الباب فما جرى به العرف من غسل ثياب الصبي واصلاح الطعام وغير ذلك فهو على الظئر أما الطعام فعلى والد الولد وما ذكر محمد أن الدهن والريحان على الظئر فذلك من عادة أهل الكوفة (وان أرضعته في المدة بلبن شاة فلا أجر لها) لانها لم تات بعمل مستحق عليها وهو الارضاع فان هذا ايجار وليس بارضاع وانما لم يجب الاجر لهذا المعنى أنه اختلف العمل

مسلك سائر الشراح من التاويل بالحنطة وقد عرفت حاله (قوله فان هذا ايجار وليس بارضاع) في الصحاح لوجور الدواء يوجر في وسط الفم أي يصب تقول منه وجرت الصبي وأوجرته بمعنى اهـ (أقول) لقائل أن يقول اذا كان هذا ايجار الارضاعا فلا معنى لان يقول في الكتاب في وضع هذه المسئلة وان أرضعته في المدة بلبن شاة بل الظاهر أن يقول وان أوجرته بدل وان أرضعته اللهم الا أن يحمل على المشاكلة بملابسة مسئلة استئجار الظئر التي وظيفتها الارضاع تامل فان قيل الظئر أجير خاص أو أجير مشترك أجيب بانها أجير خاص

(قوله لانها لم تات بعمل مستحق عليها) وهو الارضاع يعني لا باعتبار ان المعقود عليه العين بدليل ان الصبي لو أوجر بلبن الظئر في المدة لا تستحق الاجر فعلم ان المستحق هو الارضاع والعمل لا العين كذا في الاوضح واذا دفعت الظئر الصبي الى خادمها حتى أرضعته فلها الاجر كاملا استحسانا لانها لم يشترط عليها بنفسها فهو نظير من استأجر قصارا ليقصر له ثوبا أو خياطا ليخيط له ثوبا ولم يشترط عليه العمل بنفسه فعمل بغيره فانه

(قوله أجيب بانها أجير خاص الخ) أقول ولعل الاولى في الجواب هو أن يقال ان قدم المستأجر ذكر المدة بان يقول استأجرتك سنة لترضعي ولدي هذا يكون خاصا وان قدم ذكر العمل يكون مشتركا على قياس ما قيل في استئجار الراعي (قوله وفيه نظر لانه قال بمنزلة الاجير الخاص) أقول لعل مراد المجيب من دلالة لفظ المبسوط دلالة قوله فان العقد قد ورد على منافعها الخ وقوله والاجير الخاص أمين فليتأمل (قوله وهذا يدل على أنها الى قوله وتاثم بما فعلت نظرا الى الاجير الخاص) أقول وفي الفصل الثامن والعشرين من اجارات المحيط البرهاني وليس للراعي اذا كان خاصا أن يرعى غنم غيره باجر فلو أنه آجر نفسه من غيره لعمل الرعي ومضى على ذلك شهور ولم يعلم الاول به فله الاجر كملا على كل واحد منهما لا يتصدق بشئ الا أنه ياثم انتهى وفي البزازية ليس للواحد ان يرعى غنم غيره فان رعى يجب الاجر كاملا و ياثم ولهذا قالوا الخاص لا يلي أن يؤاجر نفسه من آخر في مدتها ولو آجر من آخر وجب له الاجرة الثانية أيضا و يطيب له الاجر ولا يتصدق به وان كانت منافع بدنه مشغولة بحق الغير انتهى اذا عرفت هذا عرفت ما في كلام الشارح

قال (ومن دفع الى حائك غزلا لينسجه بالنصف فله أجر مثله وكذا اذا استأجر حمارا يحمل طعاما بقفيز منه فالاجارة فاسدة) لانه جعل الاجر بعض ما يخرج من عمله فيصير فى معنى قفيز الطحان وقد نهى النبى صلى الله عليه وسلم عنه وهو ان يستاجر ثورا ليطحن له حنطة بقفيز من دقيقه وهذا أصل كبير يعرف به فساد كثير من الاجارات لاسيما فى ديارنا

على ما دل عليه لفظ المبسوط فانه قال فيه ولو ضاع الصبي من يدها أو وقع فمات أو سرق من حلى الصبى أو من ثيابه شئ لم تضمن الظئر شيئا لانها بمنزلة الاجير الخاص فان العقد ورد على منافعها فى المدة ألا ترى انه ليس لها أن تؤجر نفسها من غيرهم لمثل ذلك العمل والاجير الخاص أمين فيما فى يده اه ويحتمل أن تكون أجيرا خاصا وان تكون أجيرا مشتركا على ما دل عليه لفظ الذخيرة فانه قال فيها وان اجرت الظئر نفسها من قوم آخرين ترضع صبيانهم ولا يعلم بذلك أهلها الاولون حتى يفسخوا هذه الاجارة فارضعت كل واحد منهما وفرغت فقد أثمت وهذه جناية منها ولها الاجر كاملا على الفريقين اه وجه الدلالة على احتمالهما انها لو كانت أجير وحد من كل وجه لم تستحق الاجر كاملا وأثمت بما صنعته ولو كانت أجيرا مشتركا من كل وجه استحقت الاجر كاملا ولا تأثم فكانت بينهما فقلنا بانها تستحق الاجر كاملا لشبهها بالاجير المشترك وبانها تأثم لشبهها باجير الوحد هذا زبدة ما ذكره صاحب النهاية ههنا واقتفى أثره صاحب العناية غير انه اعترض على دلالة لفظ المبسوط على كونها أجيرا خاصا حيث قال وفيه نظر لانه قال لانها بمنزلة الاجير الخاص لا عينه اه (أقول) نظره ساقط فان المراد بدلالة لفظ المبسوط عليه دلالة قوله فان العقد ورد على منافعها فى المدة وتنويره بقوله ألا يرى أنه ليس لها أن تؤجر نفسها من غيرهم لمثل ذلك العمل فان كلا منهما يدل قطعا على انها أجير خاص لان ورود العقد على المنفعة فى المدة وعدم جواز ايجار النفس من غير المستاجر من خواص الاجير الخاص وأما قوله بمنزلة الاجير الخاص فيجوز أن يراد به بمنزلة الاجير الخاص المعروف الذى لا اشتباه فيه لاحد وهذا لا ينافى أن تكون هى عين جنس الاجير الخاص ثم ان بعض الفضلاء قال ولعل الاولى فى الجواب أن يقال ان قدم المستاجر ذكر المدة بان يقول استأجرتك سنة لترضعى ولدى هذا تكون خاصا وان قدم ذكر العمل تكون مشتركا على قياس ما قيل فى استئجار الراعى اه (أقول) ليس ذلك الجواب بتام اذ يرد عليه أن يقال لو كانت الظئر أجيرا خاصا على الثبات فيما اذا قدم المستاجر ذكر المدة لما استحقت الاجر كاملا اذا أجرت نفسها من قوم آخرين لترضع صبيانهم مع انها تستحقه كاملا على الفريقين ولكن تأثم كما نقلناه عن الذخيرة وذكر فى سائر المعتبرات أيضا وعن هذا قال فى الذخيرة والمحيط البرهانى بعد بيان استحقاقها الاجر كاملا على الفريقين وهذا لا يشكل اذا قال أبو الصغيرة للظئر استأجرتك لترضعى ولدى هذا سنة بكذا لان الظئر فى هذه الصورة أجير مشترك لان الاب أوقع العقد أولا على العمل انما يشكل فيما اذا قال لها استأجرتك سنة لترضعى ولدى هذا بكذا لانها أجير وحد فى هذه الصورة لانه أوقع العقد على المدة أولا وليس لاجير الوحد أن يؤجر نفسه من آخر واذا آجر لا يستحق تمام الاجر على المستاجر الاول ويأثم والوجه فى ذلك ان أجير الوحد فى الرضاع يشبه الاجير المشترك من حيث انه يمكنه ايفاء العمل لكل واحد منهما بتمامه كما فى الخياط والقصار ثم لو كانت أجير وحد من كل وجه لم تستحق الاجر كاملا على الاول وتأثم بما صنعته ولو كانت أجيرا مشتركا من كل وجه استحقت الاجر كاملا ولم تأثم فاذا كانت بينهما قلنا بانها تستحق الاجر كاملا لشبهها بالاجير المشترك وقلنا بانها تأثم لشبهها بالاجير الوحد اه فقد ظهر ان بمجرد تقديم المستأجر ذكر المدة لا يتم كون الظئر أجير وحد من كل وجه فلا بد من التفصيل واعتبار الشبهين كما ذكر فى الذخيرة والمحيط البرهانى واختاره الشراح فى الجواب فتبصر (قوله وهذا أصل كبير يعرف به فساد كثير من الاجارات لاسيما فى ديارنا) قال صاحب العناية فان قيل اذا كان عرف ديارنا على ذلك فهل يترك به القياس قلنا لا لانه فى معناه من كل

الاجير الخاص قال (ومن دفع لى حائك غزلا لينسجه الخ) ومن دفع الى حائك غزلا لينسجه بالنصف فالاجارة فاسدة وكذلك اذا استاجر حمارا يحمل طعاما له بقفيز منه لانه فى معنى قفيز الطحان فى جعل الاجرة بعض ما يخرج من عمله وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن قفيز الطحان وهو أن يستاجر ثورا ليطحن له حنطة بقفيز من دقيقها وهذا أصل كبير يعرف به فساد كثير من الاجارات فان قيل اذا كان عرف ديارنا على ذلك فهل يترك به القياس قلنا لا لانه فى معناه من كل وجه فكان ثابتا

(قوله وكذلك اذا استاجر حمارا يحمل طعاما) أقول من قبيل الحذف والايصال (قوله لا لانه فى معناه من كل وجه)

يستحق الاجر كذا هنا بخلاف ما اذا شرط عليها الارضاع بنفسها

قال (ومن استأجر رجلا ليخبز له هذه العشرة المخاتيم الخ) المخاتيم جمع مختوم وهو الصاع سمي به لانه يختم أعلاه كي لا يزداد أو ينقص واضافة العشرة الى المخاتيم من باب الحسنة الاثواب على مذهب الكوفيين واليوم منصوب على الظرفية ومن استأجر رجلا ليخبز له هذه العشرة المخاتيم اليوم بدرهم فهو فاسد عند أبي حنيفة وقالا هو جائز ذكره في اجارات المبسوط لانه يجعل المعقود عليه العمل حتى اذا فرغ منه نصف النهار فله الاجر كاملا وان لم يفرغ في اليوم فعليه أن يعمله في الغد لان المعقود عليه هو العمل واذا كان المعقود عليه هو العمل وهو معلوم جاز العقد ويجعل ذكر الوقت للاستعجال لا لتعليق العقد به فكأنه استأجره للعمل على أن يتفرغ منه في أسرع الاوقات والحمل على هذا مما لا بد منه دفعا للجهالة لتصحيح العقد ولابي حنيفة أن

المعقود عليه مجهول لتردده بين أمرين كل منهما صالح لذلك لان ذكر الوقت يوجب كون المنفعة معقودا عليها وذكر العمل يوجب كونه معقودا عليه وليس احدهما أولى من الآخر والجهالة المفضية الى النزاع تفسد العقد وهذه كذلك لان نفع المستأجر في الثاني حتى لا يجب الاجر عليه الا بتسليم العمل ونفع الاجير في الاول لاستحقاقه بتسليم نفسه وان لم يعمل فان مضى اليوم ولم يفرغ من العمل جاز أن يطلب الاجير أجره نظرا الى الاول ويمنعه المستأجر نظرا الى الثاني فافضى الى النزاع وجعل ذكر الوقت للتعجيل تحكم لتفاوت الاغراض فقد يكون للتعجيل وقد يكون لكون المنفعة معلومة وطولب بالفرق بين مسئلتنا وبين ما اذا قال ان خطته اليوم فلك درهم وان خطته غدا فلك نصف درهم فان أبا حنيفة أجاز الشرط الاول وجعل ذكر الوقت للتعجيل وبينها وبين ما اذا استأجر رجلا ليخبز له قفيز دقيق على أن يفرغ منه اليوم فان الاجارة فيهما جائزة بالاجماع والفرق بينها وبين الاولى ان دليل المجاز وهو نقصان الاجر للتأخير فيها صرفه عن حقيقته التي هي التوقيت الى المجاز الذي هو التعجيل وليس له في مسئلتنا ما يصرفه عنها فلا يصار الى المجاز وكذلك بينها وبين الثانية فان كلمة على فيها معنى الشرط على ما عرف في موضعه فحيث جعله شرطا دل على أن المعقود

فلم يصح الحط قال (ومن استأجر رجلا ليخبز له هذه العشرة المخاتيم من الدقيق اليوم بدرهم فهو فاسد وهذا عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد في الاجارات هو جائز) لانه يجعل المعقود عليه عملا ويجعل ذكر الوقت للاستعجال تصحيحا للعقد فترتفع الجهالة وله أن المعقود عليه مجهول لان ذكر الوقت يوجب كون المنفعة معقودا عليها وذكر العمل يوجب كونه معقودا عليه ولا ترجيح ونفع المستأجر في الثاني ونفع الاجير في الاول فيفضي الى المنازعة وعن أبي حنيفة أنه تصح الاجارة اذا قال في اليوم وقد سمى عملا لانه للظرف فكان

في كل جزء عامل لغيره أيضا فلا معنى للحصر واثبات المطلوب لا يتوقف عليه الا أن يحمل على المبالغة في التشبيه أي هو كعامل لنفسه اه (أقول) هذا البحث غير متمشٍ وأسالانه انما يلزم الحصر من كلام المصنف لو كان معناه الا وهو عامل لنفسه فقط أما اذا كان معناه الا وهو عامل لنفسه كما هو عامل لغيره أيضا فلا حصر فيه فلا معنى لقوله فلا معنى للحصر اذ لم يتعين الحصر فيه فالوجه في تمشية البحث ههنا توسيع الدائرة بان يقال ان كان المراد انه عامل لنفسه فقط فهو ممنوع وان كان المراد انه عامل لنفسه ولغيره فعدم استحقاقه الاجر على فعله لنفسه لا ينافي استحقاقه على فعله لغيره فلا يتم التقريب وسيأتي تتمة هذا الكلام فيما بعد ان شاء الله تعالى (قوله لان ذكر الوقت يوجب كون المنفعة معقودا عليها وذكر العمل يوجب كونه معقودا عليه ولا ترجيح) أقول لقائل أن يقول لم لا يكون تقديم ذكر العمل مرجحا لكون العمل معقودا عليه كما كان كذلك في مسئلة الراعي على ما

(قوله وله ان المعقود عليه مجهول) وجهالة المعقود عليه تفسد العقد وهذا لان ذكر الوقت يدل على ان المعقود عليه المنفعة اذ الوقت يختص بتقدير المنفعة وذكر العمل يدل على ان المعقود عليه العمل والجمع بينهما غير ممكن لان العمل متى صار معقودا عليه لم يجب الاجر الا بالعمل ومتى صار المعقود عليه المنفعة يجب الاجر بتسليم النفس وأغراض الناس في ذلك مختلفة فلا يتعين أحدهما معقودا عليه لوجود التعارض وعدم الترجيح اذ مقصود المستأجر العمل لان نفعه فيه ومقصود الاجير الوقت لان نفعه فيه لانه يستحق الاجر بالتسليم وان لم يعمل وجهالة المعقود عليه تمنع جواز العقد للافضاء الى المنازعة فانه اذا فرغ من العمل قبل مضي اليوم فللمستأجر أن يقول منافعك في بقية المدة حق باعتبار تسمية الوقت وأنا استعملك واذا لم يفرغ من العمل الى الليل فللاجير أن يقول عند مضي اليوم قد انتهى العقد بانتهاء المدة وقيل الضابط للفرق بين ما كان ذكر الوقت للاستعجال وبين ما كان ذكره لبيان الوقت في أجير الوحد هو أن يقال انما يفسد العقد بالجمع بين الوقت والعمل اذا ذكرهما قبل ذكر الاجرة أما اذا ذكر أحدهما وذكر الاجر معه حتى تم العقد ثم ذكر الباقي منهما لا يفسد العقد حتى لو قال استأجرتك اليوم بدرهم على أن تخبز لي هذا القفيز من الدقيق جاز العقد أما لو قال استأجرتك لتخبز لي هذا القفيز من الدقيق اليوم بدرهم أو قال

قال المصنف (وذكر العمل يوجب كونه معقودا عليه ولا ترجيح) أقول لم لا يجوز أن يكون تقديم ذكر العمل مرجحا كما قالوا في مسئلة الراعي (قوله وطولب بالفرق بين مسئلتنا وبين ما اذا قال ان خطته اليوم فلك درهم) أقول ولا بد من الفرق أيضا بينها وبين ما قالوا في مسئلة الراعي انه اذا جمع المستأجر بين المدة والعمل فالاعتبار للمقدم منهما في كون الاجير خاصا أو مشتركا فليتأمل (قوله وكذلك بينها وبين الثانية) أقول في المحيط البرهاني في الفصل السادس من الاجارات وفي آخر اجارات الاصل اذا استأجر الرجل رجلا كل شهر بدرهم على أن يطحن

(فصار) حاملا طعاما (مشتركا ومن استأجر رجلا لحمل طعام مشترك بينهما لايجب الاجر لان مامن جزء يحمله الا وهو عامل لنفسه فيه فلا يتحقق تسليم المعقود عليه) وقوله بالنصف الآخر تلويح الى مسئلة أخرى وهو ما اذا قال احمل هذا الكر الى بغداد بنصفه فانه لايكون شريكا ولكن تفسد الاجارة لكونها في معنى قفيز الطحان ويجب أجر المثل لايجاوز به قيمة نصف الكر وقوله (ولايجاوز بالاجر قفيزا) متصل بقوله وكذا اذا استأجر حمارا ليحمل طعاما بقفيز منه (لانه لما فسدت الاجارة فالواجب الاقل من المسمى ومن أجر المثل لانه رضي بحط الزيادة وهذا بخلاف ما اذا اشتركا في الاحتطاب حيث يجب الاجر بالغا ما بلغ عند محمد لان المسمى) وهو نصف الحطب (هناك غير معلوم فلم يصح الحط) وأما عند أبي يوسف فلا يجاوز باجره نصف ثمن ذلك لانه رضي بنصف المسمى حيث اشترك وهذا اذا احتطب أحدهما وجمع الآخر وأما اذا احتطبا جميعا وجمعا جميعا فهما شريكان على السواء

فصار مشتركا بينهما ومن استأجر رجلا لحمل طعام مشترك بينهما لايجب الاجر لان مامن جزء يحمله الا وهو عامل لنفسه فيه فلا يتحقق تسليم المعقود عليه قال (ولايجاوز بالاجر قفيزا) لانه لما فسدت الاجارة فالواجب الاقل مما سمى ومن أجر المثل لانه رضي بحط الزيادة وهذا بخلاف ما اذا اشتركا في الاحتطاب حيث يجب الاجر بالغا ما بلغ عند محمد لان المسمى هناك غير معلوم

الى بغداد لايجاوز به قيمة نصف الكر والثانية أن يستأجره ليحمل له نصفه الى المكان المعين بنصفه الباقي ودفع اليه كله ولا أجر له ههنا والتي ذكرها في الكتاب بقوله بخلاف ما اذا استأجره ليحمل نصف طعامه بالنصف الآخر هي هذه المسئلة وهي من مسائل اجارات الجامع الكبير اه وأما الثاني فلان المنافاة بين قولهم ملك الاجير في الحال وبين قولهم لايستحق الاجر ولايجب الاجر ممنوعة اذ معنى الاول أنه ملك الاجير ابتداء بموجب العقد وتسليم الاجر الى الاجير بالتعجيل ومعنى الثاني أنه لايستحق الاجر لبطلان العقد قبل العمل بعد أن ملك الاجير بالتسليم بسبب ان صار شريكا في الطعام قبل ايفاء شئ من المعقود عليه ولايذهب عليك انه لاتنافي بين هذين المعنيين بل الاول منهما يؤدي الى الثاني ويدل على هذا التوفيق قطعا ما ذكره صاحب النهاية في تعليل هذه المسئلة نقلا عن الجامع الكبير لشمس الائمة السرخسي وصدر الاسلام الجيدي حيث قال وأما في المسئلة الثانية وهي ما اذا استأجره ليحمل نصفه الى بغداد بنصفه الباقي ودفع اليه فانما سلمه اليه على سبيل التمليك النصف الكر من قبل أن البدل نصف كر مطلق لا نصف كر محمول الى بغداد فصار بتسليم الكر اليه معجلا للاجرة فملكها بنفس القبض واذا ملكه بالتسليم بطل العقد قبل العمل لانه صار شريكا في الكر قبل ايفاء شئ من المعقود عليه وما قبل التسليم في الاجارة بمنزلة ابتداء العقد فلو ابتدأ العقد على العمل في شئ العامل فيه شريك المستأجر بطلت الاجارة فكذلك ههنا واذا بطلت الاجارة لم يجب الاجر كذا في الجامع الكبير لشمس الائمة السرخسي وصدر الاسلام الجيدي الى هنا لفظ النهاية وبهذا ظهر أنه لاحاجة في دفع الاشكال الثاني من ذينك الاشكالين الى ما تعسف فيه بعض الفضلاء حيث قال لعل مرادهم نفي الملك لان وجوده يؤدي الى عدمه وما هو كذلك يبطل فقولهم ملك الاجير في الحال كلام ورد على سبيل الفرض والتقدير فيكون تقدير الكلام لو وجب الاجر في الصورة المفروضة لملك الاجير الاجرة في الحال بالتعجيل والتالي باطل اذ حينئذ يكون مشتركا بينهما فيفضي الى عدم وجوب الاجر وكل لازم يؤدي فرض وجوده الى انتفاء ملزومه يكون باطلا فكذا هذا اه كلامه (قوله لان مامن جزء يحمله الا وهو عامل لنفسه فيه) قال بعض الفضلاء فيه بحث فانه

وهو ما التزمه في الذمة ودقيق تلك الحنطة غير موجود وقت العقد ولان محل العمل لو كان مشتركا ابتداء وانتهاء لاتنعقد الاجارة ولايجب الاجر اجماعا كما اذا استأجره ليطحن حنطة مشتركة أو يحمل طعاما مشتركا بينهما وهنا محل العمل يكون مشتركا في الانتهاء دون الابتداء فيجب ان ينعقد بوصف الفساد عملا بالشبهين (قوله ولايجاوز بالاجر قفيزا) أي فيما اذا استأجر حمارا ليحمل طعاما بقفيز منه وفيما هو في معنى قفيز الطحان لايجاوز بالاجر المسمى المخاتيم جمع مختوم وهو الصاع بعينه

وباي سبب ملكه اه لعل مرادهم نفي الملك لان وجوده يؤدي الى عدمه وما هو كذلك يبطل فقولهم ملك الاجير في الحال كلام ورد على سبيل الفرض والتقدير والظاهر أن وضع المسئلة فيما اذا سلم الى الاجير كل الطعام والله ولي الفضل والالهام فيكون تقدير الكلام لو وجب الاجر في الصورة المفروضة لملك الاجير الاجرة في الحال بالتعجيل والتالي باطل اذ حينئذ يكون مشتركا بينهما فيفضي الى عدم وجوب الاجر وكل لازم يؤدي فرض وجوده الى انتفاء ملزومه يكون باطلا فكذا هذا فليتأمل قال المصنف (ومن استأجر رجلا لحمل طعام مشترك بينهما لايجب الاجر لان مامن جزء يحمله الا وهو عامل لنفسه الخ) اقول فيه بحث فانه في كل جزء عامل لغيره أيضا فلا معنى للحصر واثبات المطلوب لايتوقف عليه الا أن يحمل على المبالغة في التشبيه أي هو كعامل لنفسه وسيجيء من الشارح أكمل الدين جواب هذا البحث فراجعه وتأمل فيه قال المصنف (ولايجاوز بالاجر قفيزا) أقول قال في النهاية نصب قفيزا على قول من يجوز اسناد الفعل الى الجار والمجرور مع وجود المفعول بدون الجار وهو ضعيف انتهى وفي شرح الرضي أن ذلك مذهب الكوفيين وبعض المتاخرين فراجعه

مراده التعجيل يؤيده ماروى عن أبى حنيفة وهو المذكور فى الكتاب أنه اذا قال فى اليوم صحت الاجارة لانه للظرف والمظروف لا يستغرق الظرف كما مر فى الطلاق فكأنه قال ان عملت فى بعض اليوم وذلك يفيد التعجيل فكان العمل هو المعقود عليه بخلاف قوله اليوم فان المنفعة تستغرق الوقت فصلح أن تكون معقودا عليه وتلزم الجهالة قال (ومن استاجر أرضا على أن يكربها الخ) بين فى هذا أن الشرط الذى لا يقتضيه عقد الاجارة وفيه منفعة لاحد المتعاقدين شرط فاسد يفسد به العقد والشرط الذى يقتضيه العقد لا يفسده كما فى البيع فان استاجر أرضا على أن يكربها او يزرعها أو يسقيها او يزرعها فهو جائز لان الزراعة تستحق بالعقد ولا تتأتى الا بالسقى والكراب فكانا من مقتضياته فذكره لا يوجب الفساد وان شرط أنه يثنيها أو يكرى أنهارها أو يسرقنها فهو فاسد لانه ليس من مقتضيات العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين لبقاء أثره بعد انقضاء المدة وماهذا حاله يوجب الفساد لان مؤجر الارض يصير مستاجرا منافع الاجير على وجه تبقى بعد المدة فيصير صفقتان فى صفقة وهو منهى عنه وانما قلنا ان ذلك ليس من مقتضيات العقد لان المراد بالتثنية ان كان (٥٣) ردها مكروبة فلاشك فى أنه لا يقتضيه

المعقود عليه العمل بخلاف قوله اليوم وقد مر مثله فى الطلاق قال (ومن استاجر أرضا على أن يكربها و يزرعها أو يسقيها او يزرعها فهو جائز) لان الزراعة مستحقة بالعقد ولا تتأتى الزراعة الا بالسقى والكراب فكان كل واحد منهما مستحقا وكل شرط هذه صفته يكون من مقتضيات العقد فذكره لا يوجب الفساد (فان اشترط أن يثنيها أو يكرى أنهارها أو يسرقنها فهو فاسد) لانه يبقى أثره بعد انقضاء المدة وأنه ليس من مقتضيات العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين وماهذا حاله يوجب الفساد لان مؤجر الارض يصير مستاجرا منافع الاجير على وجه يبقى بعد المدة فيصير صفقتان فى صفقة واحدة وهى منهى عنه ثم قيل المراد بالتثنية أن يردها مكروبة ولا شبهة فى فساده وقيل أن يكربها مرتين وهذا فى موضع تخرج الارض الريع بالكراب مرة واحدة والمدة سنة واحدة وان كانت ثلاث سنين لا تبقى منفعته وليس المراد بكرى الانهار الجداول

صرحوا به فى معتبرات الفتاوى بلاذكر خلاف هناك فتأمل (قوله لان مؤجر الارض يصير مستاجرا منافع الاجير الخ) قال بعض الفضلاء هذا دليل آخر على أصل المدعى فالظاهر أن يقال ولان بالواو انتهى (أقول) ليس الامر كما زعمه فان قوله لان مؤجر الارض الخ دليل على قوله وماهذا حاله يوجب الفساد لا على أصل المدعى فالظاهر ترك الواو كما وقع (قوله وقيل أن يكربها مرتين وهذا فى موضع تخرج الارض الريع بالكراب مرة واحدة والمدة سنة واحدة) قال الشراح انما قيد بهذين القيدين أى بالكراب مرة وبكون المدة سنة لانه

استاجرتك اليوم لتخبز لى هذا الدقيق بدرهم فالعقد هنا يفسد وانما كان كذلك لان فى الوجه الاول لما تم العقد بذكر أحد الشيئين اما المدة واما العمل مضموما الى ذكر الاجرة كان ذكر الباقى بعده اما للتعيين العمل أو للتعجيل فلم يفسد العقد وأما فى الوجه الثانى فلانه لما جمع بين العمل والمدة قبل تمام العقد بذكر الاجرة صلح كل واحد منهما مقابلا بالاجر وليس أحدهما باولى من الآخر وعن أبى حنيفة رحمه الله أنه تصح الاجارة اذا قال فى اليوم وقد سمى عملا لانه للظرف والظرف لا يقتضى استيعاب المظروف فلا يكون ذلك اعلاما للمنفعة ولا تصلح المنفعة معقودا عليها حينئذ فيصير العمل هو المعقود عليه (قوله وقد مر مثله فى الطلاق) أى فى فصل اضافة الطلاق الى الزمان فى مسئلة أنت طالق فى غد وقال نويت آخر النهار (قوله وهذا فى موضع تخرج الارض الريع بالكراب مرة والمدة سنة واحدة) قيد بهذين القيدين لانه لو كانت الارض فى بلدة تحتاج

لان الزراعة لا تتوقف عليه وان كان المراد بها أن يكربها مرتين فيجب أن يكون هذا فى موضع تخرج الارض الريع بالكراب مرة واحدة والمدة سنة واحدة لانه اذا كان فى موضع لا تخرج الارض الريع الا بالكراب مرتين أو كانت تخرج بالكراب مرة الا أن مدة الاجارة كانت ثلاث سنين فانه لا يفسد العقد لان الاول حينئذ من مقتضياته والثانى ليس فيه لأحد المتعاقدين منفعة لعدم بقاء أثره بعد المدة وأما كرى الانهار فقال بعضهم المراد بها الجداول لبقاء منفعته فى العام القابل ونفاه المصنف وقال بل المراد منها الانهار العظام هو الصحيح لانه تبقى منفعته فى العام القابل دون الاول

له كل يوم فقبيزا الى الليل فهو فاسد ذكر المسئلة من غير ذكر خلاف فمن مشايخنا من قال بهذه المسئلة ثبت رجوعهما الى قول أبى حنيفة اذ لا يتضح الفرق بين هذه المسئلة و بين تلك المسائل ومنهم من قال ماذكر فى هذه المسائل قياس قولهما وماذكر فيما تقدم استحسان على قولهما اذ لا فرق بين هذه المسئلة و بين تلك المسائل والله أعلم انتهى وأنت خبير بانه لابد من الفرق بين هذه المسئلة و بين المسئلة الثانية فى الشرح حتى تجوز تلك بالاجماع بخلاف هذه (قوله دل على أن مراده التعجيل) أقول لكونه وصفا مطلوبا قال المصنف (لان مؤجر الارض يصير مستاجرا منافع الاجير) أقول هذا دليل آخر على أصل المدعى فالظاهر أن يقال ولان بالواو (قوله فانه لا يفسد العقد لان الاول حينئذ من مقتضياته والثانى ليس فيه الخ) أقول وأنت خبير بان الثانى أيضا من مقتضيات العقد وقوله ليس فيه لاحد المتعاقدين منفعة ممنوع بل فيه نفع للمستاجر حيث لا تتأتى زراعته الا به (قوله دون الاول) أقول ولئن بقى فكريه من مقتضيات العقد كالكراب بخلاف الانهار العظام

(واذا استاجر ارضا ليزرعها بزراعة أخرى لايجوز أصلا وكذا اجارة السكنى بالسكنى واللبس باللبس والركوب بالركوب وقال الشافعى هو
جائز لان المنافع بمنزلة الاعيان ولهذا جازت الاجارة بدين) أى باجرة هى دين على المؤجر ولولم تكن المنافع بمنزلة الاعيان لكان ذلك دينا بدين
(ولنا) فى ذلك طريقان أحدهما (أن الجنس بانفراده يحرم النساء عندنا فصار كبيع القوهى بالقوهى نسيئة) وقد تقدم بيان أن الجنس
بانفراده يحرم النساء ومعنى القوهى تقدم فى البيوع (والى هذا) أى الى هذا الطريق (أشار محمد) وهو ماروى ان ابن سماعة كتب الى محمد بن
الحسن فى هذه المسئلة فكتب فى جوابه انك أطلت الفكرة فاصابتك الحيرة وجالست الحنانى فكانت منك زلة أماعلمت أن السكنى بالسكنى
كبيع القوهى بالقوهى نساء والحنانى اسم محدث كان ينكر الخوض على ابن سماعة فى هذه المسائل ويقول لابرهان لكم عليها وفيه بحث
من وجهين الاول أن النساء مايكون عن اشتراط أجل فى العقد وتاخير المنفعة فيما نحن فيه ليس كذلك والثانى أن النساء

انما يتصور فى مبادلة موجود
فى الحال بما ليس كذلك
وفيما نحن فيه ليس كذلك
فان كل واحد منهما ليس
بموجود بل يحدث شيأ فشيأ
وأجيب عن الاول بانهما
لما أقدما على عقد يتاخر
المعقود عليه فيه ويحدث
شيأ فشيأ كان ذلك أبلغ فى
وجوب التاخير من المشروط
فالحق به دلالة احتياطا عن
شبهة الحرمة وفيه نظر لان
فى النساء شبهة الحرمة
فبالالحاق به تكون شبهة
الشبهة وليست بمحرمة
والجواب أن الثابت بالدلالة
كالثابت بالعبارة فبالالحاق
تثبت الشبهة لاشبهتها
وعن الثانى بان الذى لم
تصحبه الباء يقام فيه العين
مقام المنفعة ضرورة تحقق
المعقود عليه دون ماتصحبه
لفقدانها فيه ولزم وجود
أحدهما حكما وعدم الآخر
وتحقق النساء ويجوز أن

بل المراد منها الانهار العظام هو الصحيح لانه تبقى منفعته فى العام القابل قال (وان استاجرها ليزرعها بزراعة
أرض أخرى فلاخير فيه) وقال الشافعى هو جائز وعلى هذا اجارة السكنى بالسكنى واللبس باللبس والركوب
بالركوب له أن المنافع بمنزلة الاعيان حتى جازت الاجارة باجرة دين ولا يصير دينا بدين ولنا أن الجنس بانفراده
يحرم النساء عندنا فصار كبيع القوهى بالقوهى نسيئة والى هذا أشار محمد

اذا شرط أن يكربها مرتين فى موضع لاتخرج الارض الريع الا بالكراب مرتين أو كانت تخرجه بالكراب
مرة الا أن مدة الاجارة كانت ثلاث سنين لايكون هذا الشرط مفسدا للعقد لانه يكون فى الاول من
مقتضيات العقد وفى الثانى ليس فيه منفعة لصاحب الارض فيجوز وعبارة العناية والثانى ليس فيه لاحد
المتعاقدين منفعة لعدم بقاء أثره بعد المدة وقال بعض الفضلاء وأنت خبير بان الثانى أيضا من مقتضيات العقد
وقوله ليس فيه لاحد المتعاقدين منفعة ممنوع بل فيه نفع للمستاجر حيث لاتتاتى زراعته الا به انتهى (أقول)
ليس شئ من شطرى كلامه بسديد أما شطره الاول فلانه اذا كانت الارض تخرج الريع بالكراب مرة
ولكن كانت مدة الاجارة ثلاث سنين كما هو المراد بالثانى فلاشك أن الكراب مرتين فى هذه الصورة لايكون
من مقتضيات العقد للقطع بحصول المقصود بالعقد فيها بالكراب مرة واحدة من غير حاجة الى الكراب مرة
أخرى وما حصل المقصود بالعقد بدونه كيف يكون من مقتضياته وأما شطره الثانى فلانه اذا كانت الارض
تخرج الريع بالكراب مرة فهل يقول العاقل لاتتاتى الزراعة هنالك الا بالكراب مرتين حتى يتوهم النفع
للمستاجر فى اشتراط الكراب مرتين فى موضع تخرج الارض الريع بالكراب مرة وكانت المدة ثلاث سنين
ومن قال من الشراح ليس فيه منفعة لصاحب الارض فانما خص صاحب الارض بالذكر بناء على عدم
احتمال النفع فيه أصلا للمستاجر لالان له نفعا فيه والا لايتم التقريب كما لايخفى (قوله ولنا أن الجنس
بانفراده يحرم النساء عندنا فصار كبيع القوهى بالقوهى نسيئة والى هذا أشار محمد رحمه الله) وهو ماحكى

الى تكرار الكراب لتخرج الريع لايكون هذا الشرط مفسدا للعقد لانه يكون من مقتضيات العقد حينئذ
وكذا لو كانت المدة ثلاث سنين بحيث لايبقى منفعته لايفسد العقد (قوله بل المراد منها الانهار العظام هو
الصحيح) احترازعن قول من قال بان المراد منها الجداول (قوله لانه يبقى منفعته فى العام القابل) هذا
دليل الفساد فى شرط كرى الانهار العظام (قوله فلاخير فيه) أى لايجوز أصلا (قوله الى هذا أشار محمد
رحمه الله) روى أن ابن سماعة كتب الى محمد لم لايجوز اجارة سكنى دار بسكنى دار فقال محمد انك أطلت

(قوله ولهذا جازت الاجارة بدين أى باجرة هى دين على المؤجر) أقول يعنى كان للمستاجر على المؤجر دين أن
فاستاجر منه دارا بذلك الدين الذى فى ذمته (قوله أماعلمت ان السكنى بالسكنى) أقول فى الظاهر أن المضاف مقدر أى مبادلة السكنى بالسكنى (قوله
وأجيب عن الاول بانهما لما أقدما على عقد يتاخر المعقود عليه فيه ويحدث شيأ فشيأ) أقول الانسب أن يقول يتاخر مقابل المعقود عليه عنه كما
يعلم من جواب البحث الثانى (قوله وعن الثانى بان الذى لم تصحبه الباء يقام فيه العين مقام المنفعة) أقول فيه شئ فانه اذا أقيم العين مقام المنفعة لم
تتحقق المجانسة المحرمة للنساء اذ لامجانسة بين العين والمنفعة ووجوده الحكمى لو سلم يورث شبهة فى الالحاق فتتحقق شبهة الشبهة تامل وانما قلت
لو سلم لانه يجر الى مذهب الشافعى ظاهرا (قوله ضرورة تحقق المعقود عليه دون ما تصحبه لفقدانها) أقول الضمير فى قوله لفقدانها راجع الى
قوله ضرورة (قوله ويجوز أن نسلك طريقا آخر الخ) أقول فيه بحث (قوله فان كان لزم النساء وهو باطل الخ) أقول هذا لايتجه الزاما على
الباحث فانه يختار هذا الشق ويمنع استلزامه للفساد مستندا بان مثله موجود فى مبادلة السكنى بالزراعة مثلا وهو جائز بالاجماع فليتامل

أن ابن سماعة كتب من بلخ الى محمد بن الحسن فى هذه المسئلة وقال لم لا يجوز اجارة سكنى دار بسكنى دار
فكتب محمد فى جوابه انك أطلت الفكرة فاصابتك الحيرة وجالست الحنانى فكانت منك زلة أما علمت أن
السكنى بالسكنى كبيع القوهى بالقوهى نساء والحنانى اسم محدث كان ينكر الخوض على ابن سماعة فى
هذه المسائل و يقول لا برهان لكم عليها كذا فى شرح الجامع الصغير لفخر الاسلام والفوائد الظهيرية
وذكر فى عامة شروح هذا الكتاب أيضا قال صاحب العناية فى هذا الطريق من الاستدلال بحث من وجهين
الاول ان النساء ما يكون عن اشتراط أجل فى العقد وتأخير المنفعة فيما نحن فيه ليس كذلك والثانى أن
النساء انما يتصور فى مبادلة موجود فى الحال بما ليس كذلك وفيما نحن فيه ليس كذلك فان كل واحد منهما
ليس بموجود بل يحدثان شيأ فشيأ وأجيب عن الاول بانهما لما أقدما على عقد يتأخر المعقود عليه فيه
و يحدث شيأ فشيأ كان ذلك أبلغ فى وجوب التأخير من المشروط فالحق به دلالة احتياطا عن شبهة الحرمة
وفيه نظر لان فى النساء شبهة الحرمة فبالالحاق به تكون شبهة الشبهة وهى ليست بمحرمة والجواب أن الثابت
بالدلالة كالثابت بالعبارة فبالالحاق تثبت الشبهة لا شبهتها وعن الثانى بان الذى لم تصحبه الباء يقام فيه العين
مقام المنفعة ضرورة تحقق المعقود عليه دون ما تصحبه لفقدانها فيه ولزم وجود أحدهما حكما وعدم الآخر
وتحقق النساء الى هنا كلامه (أقول) فى الجواب عن الوجه الثانى بحث من وجهين الاول أنه اذا أقيم العين
مقام المنفعة فى أحد الطرفين دون الطرف الآخر واعتبر ذلك العين الموجود فى الحال معقودا عليه فى العقد
لا تتحقق المجانسة بين البدلين اذ لا مجانسة بين العين والمنفعة فلا يوجد فى العقد ما يحرم النساء فلا يتم المطلوب
والثانى أن هذا الجواب ينافى الجواب المذكور عن الوجه الاول لان مقتضى هذا الجواب أن يكون المعقود
عليه فيما نحن فيه هو العين القائم مقام المنفعة ومقتضى ذلك الجواب أن يكون المعقود عليه فيه هو نفس
المنفعة لانها التى تتأخر وتحدث شيأ فشيأ فكان بينهما تدافع فان قلت المعقود عليه فيه حقيقة نفس المنفعة
وحكما العين القائم مقام المنفعة فدار الجواب عن الاول على الحقيقة ومدار الجواب عن الثانى على الحكم فلا
تنافى بينهما قلت فى جعل الحكم الاول مرتبا على الحقيقة والثانى مرتبا على الحكم دون العكس تحكم بل
احتيال لفساد العقد ولم يجعل الامر بالعكس تصحيحا للعقد حتى يكون أوفق بقاعدة الشرع وهى وجوب
تصحيح تصرف العاقل مهما أمكن ثم قال صاحب العناية ويجوز أن نسلك طريقا آخر وهو أن يقال المدعى
أن هذه الاجارة فاسدة لان المعقود عليه اما أن يكون موجودا دون الآخر أولا فان كان لزم النساء وهو باطل
وان لم يكن فكذلك لعدم المعقود عليه انتهى (أقول) فيه أيضا بحث لانه ان أراد بالمعقود عليه الذى ردده
ماهو المعقود عليه حقيقة وهو المنفعة يختار الشق الثانى من الترديد ويكون قوله وان لم يكن فكذلك لعدم
المعقود عليه غير صحيح لان ماهو المعقود عليه حقيقة معدوم فى كل عقد اجارة ولهذا كان القياس يأبى جوازه
الا أنا جوزناه لحاجة الناس اليه فاقمنا الدار مثلا مقام المنفعة فى حق اضافة العقد اليها ليرتبط الايجاب بالقبول
كما مر فى صدر كتاب الاجارات فلم يكن عدم ماهو المعقود عليه حقيقة مبطلا لعقد الاجارة قط وان أراد بذلك ماهو
المعقود عليه حكما وهو العين القائم مقام المنفعة يختار الشق الاول من الترديد ويكون قوله فان كان لزم
النساء وهو باطل غير تام لان النساء انما يبطل عند اتحاد الجنس وعلى تقدير أن يجعل المعقود عليه هو العين
القائم مقام المنفعة لا تتحقق المجانسة بين البدلين كما عرفت فيما مر آنفا واعترض بعض الفضلاء على قوله
فان كان لزم النساء وهو باطل بوجه آخر حيث قال هذا لا يتجه الزاما على الباحث فانه يختار هذا الشق
و يمنع استلزامه الفساد مستندا بان مثله موجود فى مبادلة السكنى بالزراعة مثلا وهو جائز بالاجماع فليتأمل

الفكرة ولزمتك الحيرة وجالست الحنانى وكانت منك زلة أما علمت أن مبادلة السكنى بالسكنى كبيع القوهى
بالقوهى نساء والحنانى اسم محدث ينكر الخوض على ابن سماعة فى هذه المسائل وكان يقول لا برهان لكم
عليها فقال محمد لابن سماعة كانت مجالستك اياه زلة يقال ثوب قوهى منسوب الى قوهستان كورة من كور
فارس والمعنى فيه أن المعقود عليه ما يحدث من المنفعة وذلك غير موجود فى الحال فاذا اتحد الجنس كان كمبادلة

نسلك طريقا آخر وهو
أن يقال المدعى ان هذه
الاجارة فاسدة لان المعقود
عليه اما أن يكون موجودا
دون الآخر أولا فان كان
لزم النساء وهو باطل وان لم
يكن فكذلك لعدم المعقود
عليه لا يقال قسمة غير حاصرة
لجواز أن يعتبرا موجودين
لان بطلانه قد تقدم

(قوله لا يقال قسمة غير
حاصرة لجواز أن يعتبرا
موجودين) أقول الاظهر
أن يقال فى تقرير السؤال
انما يستقيم ماذكرت أن لو
انحصر صدق القسم الثانى
فى عدمها وليس كذلك لجواز
أن يكون صدقه بان يعتبر
وجودهما وانما قلنا ان
الاظهر ذلك لظهور كون
القسمة حاصرة

ولان الاجارة جوزت بخلاف القياس للحاجة ولا حاجة عند اتحاد الجنس بخلاف ما اذا اختلف جنس المنفعة
قال (واذا كان الطعام بين رجلين فاستاجر أحدهما صاحبه أو حمار صاحبه على أن يحمل نصيبه فحمل الطعام

(أقول) هذا فى غاية السقوط اذ ليس فى مبادلة السكنى بالزراعة مبادلة الشئ بجنسه والذى يحرم النساء بانفراده انما هو الجنس لا غير فلا مجال لان يقال لان مثل ما قيل فيما نحن فيه من بطلان النساء موجود فى مبادلة السكنى بالزراعة وهذا مع ظهوره جدا كيف خفى على مثله ثم ان الامام الزيلعى استشكل أصل الدليل المذكور حيث قال فى التبيين وهذا مشكل على القاعدة فانه لو كان كذلك لما جاز بخلاف الجنس أيضا لان الدين بالدين لا يجوز وان كان بخلاف الجنس ولان العقد على المنافع ينعقد ساعة فساعة على حسب حدوثها على ما بينا من القاعدة فقبل وجودها لا ينعقد عليها العقد فاذا وجدت فقد استوفيت فلم يبق دينا فكيف يتصور فيها النسيئة فعلم بذلك أن الاحتجاج به غير مخلص الى هنا كلامه (أقول) كل من وجهى استشكاله ساقط أما وجهه الاول فلان الدليل المذكور لا يقتضى عدم جواز العقد بخلاف الجنس أيضا قوله ان الدين بالدين لا يجوز وان كان بخلاف الجنس مسلم ولكن ليس فى مبادلة المنافع مبادلة الدين بالدين لان المنافع ليست بدين اذ الدين ما ثبت فى الذمة والمنافع لا تثبت فى الذمة صرح بذلك فى النهاية بل عامة الشروح وأما وجهه الثانى فلان الانعقاد فى العقد على المنافع وان حصل ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع الا أن نفس العقد وهو الايجاب والقبول الصادران عن المتعاقدين مع ارتباط أحدهما بالآخر موجود بالفعل وهو علة معلولها الانعقاد وتأخر المعلول عن العلل الشرعية جائز على ما عرف فمعنى انعقاد عقد الاجارة ساعة فساعة أن عمل العلة ونفاذها فى المحل يحصل ساعة فساعة لا أن نفس العقد يكون ساعة فساعة اذ لا شك أن الايجاب والقبول لا يصدران عن المتعاقدين الا مرة واحدة وهذا كله مما تقرر فى صدر كتاب الاجارة فقبل وجود المنافع وان لم يحصل الانعقاد الا أنه يتحقق نفس العقد فحين أن يتحقق نفس العقد وهو آن صدوره عن المتعاقدين تتحقق النسيئة فى المنافع قطعا فيبطل العقد فيما اذا كان البدلان منفعة واتحد جنسهما كما فيما نحن فيه ويبطل قوله فكيف يتصور فيها النسيئة تبصر ترشد (قوله ولان الاجارة جوزت بخلاف القياس للحاجة ولا حاجة عند اتحاد الجنس) قال الشراح لحصول مقصوده بما هو له من غير مبادلة انتهى (أقول) للخصم أن يقول لا نسلم انتفاء الحاجة عند اتحاد الجنس ولا حصول مقصوده بما هو له من غير مبادلة اذ لا يخفى أن كثيرا من الناس قد يحتاج الى سكنى بعض الدور دون بعضها ولا يحصل مقصوده بسكنى بعضها دون بعض لاختلاف المقاصد باختلاف الاماكن بحسب تعدد البلاد بل بحسب تعدد المحال من بلد واحد فكم منهم يحتاج الى السكنى فى بلد آخر أو فى محلة منه لحصول حوائجه ومهماته فى ذلك ولا يحتاج الى السكنى فى بلد آخر أو فى محلة أخرى من البلد الاول لعدم حصول تلك الحوائج والمهمات هنالك اللهم الا أن يقال هذا القدر من الحاجة لا يكفى فى ترك القياس وكأنه أشير اليه فى الكافى وغيره بان يقال والحاجة لا تمس عند اتحاد الجنس وانما تمس عند اختلاف الجنس والكمال من باب الفضول والاجارة ما شرعت لابتغاء الفضول

الشئ بجنسه نسيئة والجنس بانفراده يحرم النساء عندنا بخلاف ما اذا اختلف الجنس لان النساء فى الجنس المختلف ليس بحرام كما لو أسلم قوهيا فى مروى فان قيل انما حرم بيع الشئ بجنسه نسيئة عندكم باعتبار أن النقد خير من النسيئة وهنا لا فضل لاحدهما على الآخر والقبض فى البدلين على نمط واحد قلنا نعم الا أن النص اذا علل تعلق الحكم فى الفرع بالعلة فاما فى الاصل انما يتعلق بعين النص فلا يعتبر العلة فى المنصوص والحرمة فيما اذا لم يكن يدا بيد منصوص فلا يعتبر فيه المعنى (قوله ولا حاجة عند اتحاد الجنس) يعنى أنا انما جوزنا الاجارة بخلاف القياس لمساس الحاجة اليه والحاجة لا تمس عند اتحاد الجنس وانما تمس عند اختلاف الجنس والكمال من باب الفضول والاجارة ما شرعت لابتغاء الفضول فان قيل عند اختلاف النوع ان لم يفسدها هذا

مبادلة (بخلاف ما اذا اختلف جنس المنفعة) كالركوب واللبس والزراعة والسكنى فان قيل اذا اختلف الجنس لزم الكالئ بالكالئ أجيب بانه يتحقق فى الدين والمنفعة ليست بدين وان قيل انتفى المعقود عليه منعناه بقيام العين مقام المنفعة فيما لم تصحبه الباء ثم اذا استوفى أحدهما المنافع وجب عليه أجر المثل فى ظاهر الرواية لانه استوفى منفعته بحكم عقد فاسد فعليه أجر المثل وروى بشر عن أبى يوسف أنه لا شئ عليه لانه تقوم المنفعة بالتسمية وقد فسدت قال (واذا كان الطعام بين رجلين الخ) واذا كان الطعام بين رجلين فاستاجر أحدهما صاحبه أو حمار صاحبه على أن يحمل نصيبه فحمل الطعام كله فلا أجر له يعنى لا المسمى ولا أجر المثل وقال الشافعى رحمه الله له المسمى لان المنفعة عين عنده وبيع العين شائعا جائز وصار كما اذا استاجر دارا مشتركة بينه وبين غيره ليضع فيه الطعام يعنى الطعام المشترك أو عبدا مشتركا ليخيط الثياب

(قوله يعنى الطعام المشترك) أقول وعندى لا حاجة فى اتمام الكلام الى جعل الطعام مشتركا فانه لو كان للمستاجر خاصة يتوجه الزام الشافعى بان وضع الطعام فعل حسى والمستاجر هو النصيب الشائع من الدار ولا يتصور فيه الفعل الحسى بل لا يبعد أن يدعى أن تقييد الطعام بالاشتراك مخل فليتأمل

كله

ولنا انه استاجره لعمل لاوجودله لان الحمل فعل حسي لا يتصور في الشائع اذ الحمل يقع على معين والشائع ليس بمعين فان قيل اذا حمل الكل فقد حمل البعض لامحالة فيجب الاجر أجيب بان حمل الكل حمل معين وهو ليس بمعقود عليه والاستئجار لعمل لاوجودله لايجوز لعدم المعقود عليه واذا لم يتصور تسليم المعقود عليه لايجب الاجر أصلا وفرق بين هذا واجارة المشاع

فانها أيضا فاسدة عنده فان استوفى المنفعة وجب عليه أجر المثل بان هنالك تسليم المعقود عليه متعذر على الوجه الذى أوجبه العقد فاذا استوفى المنفعة وجب الاجر وأما ههنا فانه متعذر أصلا فلا يجب (قوله بخلاف البيع) جواب عن قياس الشافعي على البيع وذلك (لان البيع تصرف حكمي) أى شرعي والتصرف في الشائع شائع شرعا كما اذا باع أحد الشريكين نصيبه وقوله (ولان مامن جزء) دليل آخر على المطلوب ووجهه أن حامل الشائع مايحمل من جزء الا وهو شريك فيه وكل من حمل شيأ هو شريك فيه كان عاملا لنفسه ومن عمل لنفسه لم يستحق أجرا على غيره لعدم تحقق التسليم اليه ولقائل أن يقول لايخلو

(قوله أجيب بان حمل الكل حمل معين) أقول في هذا الجواب تأمل فانه ظاهر أن النصيب الشائع غير خارج عن الكل بل داخل فيه فاذا حمل الكل كان هو محمولا معه ويكون كاجارة المشاع فان اللازم هنا أيضا تعذر التسليم على الوجه الذى يقتضيه العقد فينبغي أن يحكم بأجر المثل (قوله بان هنالك تسليم المعقود عليه

كله فلا أجر له) وقال الشافعي له المسمى لان المنفعة عين عنده وبيع العين شائعا جائز وصار كما اذا استاجر دارا مشتركة بينه وبين غيره ليضع فيها الطعام أو عبدا مشتركا ليخيط له الثياب ولنا أنه استاجره لعمل لاوجود له لان الحمل فعل حسي لا يتصور في الشائع بخلاف البيع لانه تصرف حكمي واذا لم يتصور تسليم المعقود عليه لايجب الاجر ولان مامن جزء يحمله الا وهو شريك فيه فيكون عاملا لنفسه فلا يتحقق التسليم

انتهى تأمل تقف (قوله وصار كما اذا استاجر دارا مشتركة بينه وبين غيره ليضع فيها الطعام) قال صاحب العناية يعني الطعام المشترك وقال بعض الفضلاء وعندي لاحاجة في اتمام الكلام الى جعل الطعام مشتركا فانه لو كان للمستاجر خاصة يتوجه الزام الشافعي بان وضع الطعام فعل حسي والمستاجر هو النصيب الشائع من الدار ولا يتصور فيه الفعل الحسي انتهى (أقول) ماذكره في بيان أنه لاحاجة في اتمام الكلام الى جعل الطعام مشتركا كلام خال عن التحصيل لان لفظ الالزام في قوله يتوجه الزام الشافعي اما أن يكون مضافا الى مفعوله أو الى فاعله وعلى الوجهين لايتم ماذكره أما على الاول فلان هذه المسئلة المستشهد بها من قبل الشافعي وهي جواز استئجار الدار المشتركة بين المستاجر وغيره لوضع الطعام مما لامخالفة فيه بيننا وبين الشافعي بل هي مجمع عليها ولهذا ذكرت في دليله بطريق الاستشهاد علينا فكيف يتوجه الزامنا الشافعي بما يقتضي خلاف ما تقرر عندنا وهلا يصير ذلك الزاما علينا أيضا وأما على الثاني فلان المعقود عليه في تلك المسئلة منافع الدار دون العمل وتسليم منافع الدار يتحقق بدون وضع الطعام فلا ضير هنالك في أن لا يكون النصيب الشائع محلا للفعل الحسي بخلاف ما نحن فيه فان المعقود عليه هنا العمل الذى هو الفعل الحسي وهو لا يتصور في الشائع فلم يتصور الالزام علينا من الشافعي أصلا * ثم أقول الظاهر عندي أيضا انه لاحاجة ههنا الى تقييد الطعام بكونه مشتركا ولهذا لم يقيده بذلك سائر الشراح قط لكن لا لما ذكره ذلك القائل بل لان تمشية استشهاد الشافعي ظاهرا بالمسئلة المذكورة لا يتوقف على تقييد الطعام بذلك بل يحصل بمجرد اشتراك الدار بين المستاجر وغيره كاشتراك الطعام بينهما في المسئلة التي نحن فيها وكذلك الجواب الذى يأتي من قبلنا عن استشهاد الشافعي بتلك المسئلة لايختص بصورة تقييد الطعام بذلك بل يتم ويجرى على الاطلاق يشهد بذلك كله التامل الصادق (قوله ولنا أنه استاجره لعمل لاوجود له لان الحمل فعل حسي لا يتصور في الشائع) قال في العناية اذ الحمل يقع على معين والشائع ليس بمعين وقال فان قيل اذا حمل الكل فقد حمل البعض لامحالة فيجب الاجر أجيب بان حمل الكل حمل معين وهو ليس بمعقود عليه انتهى (أقول) في الجواب نظر وهو ان عدم كون حمل الكل معقودا عليه لايجدى شيأ في دفع السؤال لان حاصل السؤال أن حمل الطعام واقع على معين قطعا فكان موجودا وحمل الكل لا يتصور بدون حمل كل جزء منه فقد استلزم وجود حمل الكل وجود حمل كل جزء منه لامحالة ومن جملة الاجزاء نصيب المستاجر فلا بد أن يجب الاجر لحمل ذلك الجزء الذى هو المعقود عليه ولا شك أن عدم كون الكل معقودا عليه لايفيد شيأ في دفع ذلك وانما يكون مفيدا لو كان المقصود من السؤال وجوب الاجر بحمل الكل وليس فليس (قوله ولان مامن جزء يحمله الا وهو شريكه فيه فيكون عاملا لنفسه فلا يتحقق التسليم) قال صاحب العناية ولقائل أن يقول لايخلو من أنه

المعنى يفسد لمعنى آخر وهو أن بيع الدين بالدين حرام باطل قلنا الذى لم يصحبه الباء هو المعقود عليه وأقيم المحل مقام المنفعة وهو معين فيصير الاجر بمنزلة الثمن فلا يكون غير العين بغير العين بل يكون عينا بدين وذلك جائز (قوله فيكون عاملا فلا يتحقق التسليم) لان كونه عاملا لنفسه يمنع تسليم عمله الى الغير وبدون التسليم لايجب

متعذر) أقول هذا ناظر لقوله وفرق بين هذا الخ قال المصنف (ولان مامن جزء يحمله الا وهو شريك فيه) أقول الاظهر مامن قفيز أو مامن حبة لان الجزء ينطلق على الشائع (قوله ومن عمل لنفسه لم يستحق أجرا على غيره) أقول والالزم العوض والمعوض في شخص واحد

من أنه عامل لنفسه فقط أو عامل لنفسه ولغيره والاول ممنوع فانه شريك والثانى حق لكن عدم استحقاقه الاجر على فعله لنفسه لا يستلزم عدمه بالنسبة الى ماوقع لغيره والجواب أنه عامل لنفسه فقط لان عمله لنفسه أصل وموافق للقياس وعمله لغيره ليس باصل بل بناء على أمر مخالف للقياس فى الحاجة وهى تندفع بجعله عاملا لنفسه لحصول مقصود المستاجر فاعتبر جهة كونه عاملا لنفسه فقط فلم يستحق الاجر وقوله (بخلاف الدار المشتركة) جواب عن قياس الخصم على استئجار الدار المشتركة ووجهه أن المعقود عليه هنالك منافع الدار وتسليمها متحقق بدون وضع الطعام فيه فانه اذا تسلم البيت ولم يضع فيه الطعام أصلا وجب عليه الاجر بخلاف الحمل فان المعقود عليه هو العمل وتسليمه فى الشائع لا يتحقق كما مر وقوله (وبخلاف العبد) جواب عن قياسه على استئجار العبد المشترك ووجهه أن المستأجر للعبد المشترك ملك منفعة نصيب صاحبه والملك أمر حكمى يمكن ايقاعه فى الشائع كما فى البيع بخلاف الحمل لانه فعل حسى فكان الضابط أن كل موضع لا يجب فيه الاجر الا بايقاع عمل فى العين المشتركة لا يجب وكل موضع لا يكون كذلك يجب كالدار المشتركة والسفينة المشتركة لحمل الطعام المشترك (ومن استاجر أرضا ولم يبين أنها للزراعة أو لغيرها أو بين أنها للزراعة ولم يبين ماذا يزرع فيها فالاجارة فاسدة) لجهالة المعقود عليه لان الارض كما تستاجر للزراعة تستاجر لغيرها كالبناء والغرس (وكذا ما يزرع فيها يختلف فمنه ما يضر بالارض أكثر من غيره) كالذرة والارزفان ضررهما بها أكثر من ضرر الحنطة والشعير وجهالة المعقود عليه تفسد العقد فان زرعها ومضى الاجل وجب الاجر استحسانا والقياس أن لا يكون له ذلك وهو قول زفر لانه انعقد فاسدا فلا ينقلب جائزا ووجه الاستحسان أن الجهالة قد ارتفعت قبل تمام العقد بنقض الحاكم بوقوع ماوقع فيها من الزرع لان الاجارة عقد يعقد للاستقبال فاذا شاهد المزروع فى بعض المدة وعرف أنه ضار أو ليس بضار فقد ارتفعت الجهالة المفضية الى النزاع من ذلك الوقت وارتفاعها من ذلك الوقت كارتفاعها من حالة العقد لان كل جزء منه بمنزلة ابتدائه ولو ارتفعت من الابتداء جاز فكذا ههنا وصار كما اذا استاجر الى الدياس مثلا ثم أسقط الاجل قبل أن يأخذ الناس فيه وكما اذا باع بشرط الخيار الى أربعة أيام ثم أسقط الرابع وكما اذا باع بشرط قبل مجيئه وهذا رد المختلف على المختلف فان زفر لم يقل بذلك أيضا ولكن لما أثبت ذلك بدليله فيما تقدم ذكره ههنا بطريق المبادى لا يقال ذكر هذه المسئلة تكرار لانه ذكر فى أول باب ما يجوز من الاجارة ويجوز استئجار الاراضى للزراعة ولا يصح العقد حتى يسمى ما يزرع فيها لان ذلك وضع القدورى وهذا وضع الجامع الصغير يشتمل على زيادة فائدة هى قوله (فان

بخلاف الدار المشتركة لان المعقود عليه هنالك المنافع ويتحقق تسليمها بدون وضع الطعام وبخلاف العبد لان المعقود عليه انما هو ملك نصيب صاحبه وأنه أمر حكمى يمكن ايقاعه فى الشائع (ومن استأجر أرضا ولم يذكر انه يزرعها أى أوشئ يزرعها فالاجارة فاسدة) لان الارض تستأجر للزراعة ولغيرها وكذا ما يزرع فيها مختلف فمنه ما يضر بالارض ما لا يضر بها غيره فلم يكن المعقود عليه معلوما

عامل لنفسه فقط أو عامل لنفسه ولغيره والاول ممنوع فانه شريك والثانى حق لكن عدم استحقاقه الاجر على فعله لنفسه لا يستلزم عدمه بالنسبة الى ماوقع لغيره والجواب أنه عامل لنفسه فقط لان عمله لنفسه أصل وموافق للقياس وعمله لغيره ليس باصل بل بناء على أمر مخالف القياس فى الحاجة وهى تندفع بجعله عاملا لنفسه لحصول مقصود المستأجر فاعتبر جهة كونه عاملا لنفسه فقط فلم يستحق الاجر انتهى كلامه (أقول) فى الجواب شئ وهو أن قوله وهى تندفع بجعله عاملا لنفسه لحصول مقصود المستأجر ليس بتام لانه انما تندفع بجعله عاملا لنفسه حاجة المستأجر دون حاجة الاجير فان له حاجة الى الاجر كما أن للمستاجر حاجة الى المنفعة وعلى تقدير جعله عاملا لنفسه فقط لا تقضى حاجته بل انما تقضى حاجة المستأجر فقط والظاهر ان عقد الاجارة لم يشرع لحاجة المستاجر فقط بل انما شرع لحاجة كل واحد من المتعاقدين واذا لم يجب للاجير العامل فيما نحن فيه أجر لم تندفع الحاجة التى شرع عقد الاجارة لها فلم يتم الجواب وزيف بعض الفضلاء قوله وهى تندفع بجعله عاملا لنفسه لحصول مقصود المستأجر بوجه آخر حيث قال كيف يحصل مقصوده والاجير اذا علم انه لا يعطى له الاجر لا يحمل نصيب المستاجر بل يقاسم ويحمل نصيب نفسه انتهى (أقول) ليس هذا بشئ اذ لا يذهب عليك ان وضع مسئلتنا فيما اذا حمل الكل ولا شك فى حصول مقصود المستاجر فيه واحتمال أن لا يحصل مقصوده فى صورة عدم حمل الكل لا يقدح فى الكلام المبنى على وضع المسئلة كما لا يخفى (قوله وبخلاف العبد لان المعقود عليه انما هو ملك نصيب صاحبه وأنه أمر حكمى يمكن ايقاعه فى الشائع) هذا جواب عن قياس الخصم على

الاجر غاية الامر أنه عامل للغير أيضا لكن جعله عاملا لنفسه أولى لان الاصل أن الانسان يعمل لنفسه مع

(قوله وهى تندفع بجعله عاملا لنفسه لحصول مقصود المستاجر) أقول كيف يحصل مقصوده والاجير اذا علم أنه لا يعطى له الاجر لا يحمل نصيب المستاجر بل يقاسم ويحمل نصيب نفسه (قوله والملك أمر حكمى يمكن ايقاعه فى الشائع كما فى البيع) أقول الخياطة أمر حسى كيف تتصور من الشائع (قوله ان الجهالة قد ارتفعت قبل تمام العقد بنقض الحاكم) أقول العقد لا يتم بنقض الحاكم بل ينفسخ من الاصل (قوله لان كل جزء منه بمنزلة ابتدائه) أقول فى دلالته على المدعى تأمل بل فيه نوع مغالطة (قوله لان ذلك وضع القدورى الخ) أقول جواب لقوله لا يقال

(فان زرعها ومضى الاجل فله المسمى) وهذا استحسان وفى القياس لايجوز وهو قول زفر لانه وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا وجه الاستحسان أن الجهالة ارتفعت قبل تمام العقد فينقلب جائزا كما اذا ارتفعت فى حالة العقد

استئجار العبد المشترك لكن فى ظاهره خفاء لان عقد الإجارة تمليك المنافع بعوض على مامر فى صدر الكتاب ونصيب صاحبه انما هو فى عين العبد لا فى منافعه لان المنافع مما لاتقبل الشركة على مانه واعايه فكيف يكون المعقود عليه فى استئجار العبد المشترك هو ملك نصيب صاحبه وانما يتصور أن يكون المعقود عليه ذلك فى البيع الذى هو تمليك العين بعوض وعن هذا ارتكب الشراح تقديرشئ فى حل هذا المحل فقال صاحب النهاية لان المعقود عليه انما هو ملك نصيب صاحبه أى منفعة ملك نصيب صاحبه فلما كان ذلك منفعة لافعلا كالحمل صح ايقاعه فى الشائع كما قلنا فى الدار المشتركة ان العقد يرد على المنفعة انتهى (أقول) فيه نظر لان قياس الخصم انما هو على استئجار العبد المشترك ليخيط له الثياب كما صرح به فى الكتاب لا الانتفاع به مطلقا فيكون العبد المشترك فى تلك الصورة أجيرا مشتركا ويكون المعقود عليه هو عمل الخياطة لا المنفعة مطلقا وانما يكون المعقود عليه هو المنفعة مطلقا لو كان العبد أجير وحد وذلك ليس بمقيس عليه ولاشك أن عمل الخياطة فعل حسى كالحمل فينبغى ان لا يصح ايقاعه فى الشائع كالحمل فلم يتم الفرق وقال صاحب العناية وقوله وبخلاف العبد جواب عن قياس الخصم على استئجار العبد المشترك ووجهه أن المستاجر للعبد المشترك يملك منفعة نصيب صاحبه والملك أمر حكمى يمكن ايقاعه فى الشائع كما فى البيع بخلاف الحمل لانه فعل حسى انتهى (أقول) فيه أيضا نظر لانه ان كان مدار فرقه على أن المعقود عليه فى العبد المشترك هو المنفعة وفيما نحن فيه هو الفعل الحسى كما يومئ اليه اقحام المنفعة فى قوله يملك منفعة نصيب صاحبه يتجه عليه ما أوردناه على تقرير صاحب النهاية من أن قياس الخصم على استئجار العبد المشترك على فعل حسى هو عمل الخياطة لا على استئجاره على المنفعة فلا يتم الفرق وان كان مدار فرقه على تحقق ملك المنفعة فى استئجار العبد المشترك وكون الملك مما يمكن ايقاعه فى الشائع كما يشعر به قوله يملك منفعة نصيب صاحبه بتقديم الملك على المنفعة على عكس مافى النهاية وقوله والملك أمر حكمى يمكن ايقاعه فى الشائع كما فى البيع يرد عليه ان ملك المنفعة يتحقق فيما نحن فيه أيضا لان عقد الاجارة تمليك المنافع بعوض ففى كل فرد من أفراد الاجارة يملك المستأجر البتة المنفعة التى وقع عليها العقد فينبغى أن يجوز ما نحن فيه أيضا باعتبار ايقاع ملك المنفعة فى المشاع لا يقال لم يتحقق ملك المنفعة فيما نحن فيه لبطلان الاجارة فيه بخلاف المقيس عليه لانا نقول بطلان الاجارة فيما نحن فيه أول المسئلة وقد خالف فيها الشافعى واستدل على جواز الاجارة فيه أيضا بوجوه منها قياسه على استئجار العبد المشترك للخياطة فبناء الفرق بينهما على بطلان الاجارة فيما نحن فيه مصادرة على المطلوب وقال صاحب غاية البيان قوله وبخلاف العبد جواب عما قاس عليه فيما اذا استأجر عبدا مشتركا ليخيط له الثياب يعنى ان المستاجر للعبد المشترك يملك منفعة نصيب صاحبه والملك أمر حكمى فيمكن اثباته حكما وان لم يكن حسا بخلاف المتنازع فيه لانه أمر حسى لا يتصور فى الشائع لعدم الامتياز حسا اهـ (أقول) مضمونه موافق لما فى العناية ففيه ما فيه فتأمل فى التوجيه (قوله فان زرعها ومضى الاجل فله المسمى) قال صاحب غاية البيان فى شرح هذا المقام فان زرعها بعدما فسد العقد للجهالة يتعين ذلك الزرع معقودا عليه وينقلب

مافيه من تمليك المنافع المعدومة ولانه لو كان عاملا لنفسه لايجب الاجر ولو كان عاملا للغير فلايجب بالشك ولا يقال المحمول لما كان مشتركا وجب أن يقع الحمل مشتركا كالان وقوع الحمل مشتركا كالمحال لانه عرض وهو لايتجزأ (قوله وجه الاستحسان أن الجهالة ارتفعت قبل تمام العقد فينقلب جائزا) فان قيل ارتفعت الجهالة بمجرد الزراعة لكن لم يرتفع ماهو الموجب للفساد وهو احتمال أن يزرع مايضر بالارض لانه ان زرعها جاز أن يكون مازرعها مضرا بالارض فيقع بينهما المنازعة بسبب ذلك لان الموجب للفساد فى ابتداء العقد كان احتمال ذلك على ماذكر ولاينفرد أحدهما بالتعيين ثم الاستعمال تعيين أحدهما فلا يصح ذلك

فان زرعها ومضى الاجل فله المسمى

ذكر هذه المسئلة الخ قال المصنف (وفى القياس لايجوز) أقول قال الكاكى أى لايجوز العقد أى لاينقلب جائزا فيجب أجر المثل لا المسمى انتهى وفى شرح الشاهان أى لايجوز أن يكون له المسمى انتهى فتامل أنت

وصار كما اذا أسقط الاجل المجهول قبل مضيه والخيار الزائد فى المدة (ومن استأجر حمارا الى بغداد بدرهم ولم يسم ما يحمل عليه فحمل ما يحمل الناس فنفق فى نصف الطريق فلا ضمان عليه) لان العين المستأجرة أمانة فى يد المستأجر وان كانت الاجارة فاسدة (فان بلغ بغداد فله الاجر المسمى) استحسانا على ماذكرنا فى المسئلة الاولى (وان اختصما قبل أن يحمل عليه) وفى المسئلة الاولى قبل أن يزرع (نقضت الاجارة) دفعا للفساد

العقد الى الجواز ويجب الاجر المسمى اذا لم يكن ذلك قبل نقض القاضى العقد اه كلامه (أقول) لامعنى لقوله اذا لم يكن ذلك قبل نقض القاضى العقد فان ماذكر من انقلاب العقد الى الجواز ووجوب الاجر المسمى انما يتصور اذا كان زرعها قبل نقض القاضى العقد وأما اذا لم يكن ذلك قبل نقضه العقد بل كان بعد ذلك فلا مجال للانقلاب الى الجواز لان المنقوض لا يعود الا بالتجديد لا محالة والصواب أن يقال اذا لم يكن ذلك بعد نقض القاضى العقد ولعل لفظة قبل فى قوله قبل نقض القاضى وقعت سهوا من الناسخ الاول بدل لفظة بعد ويدل عليه قوله فيما بعد وان زرعها بعد نقض القاضى لا يعود جائزا (قوله وجه الاستحسان أن الجهالة ارتفعت قبل تمام العقد فينقلب جائزا) قال صاحب العناية فى حل قوله قبل تمام العقد بنقض الحاكم وتبعه الشارح العينى (أقول) لا يخفى على الفطن أن جعل العقد تاما بنقض الحاكم مما لا تقبله الفطرة السليمة فان العقد ينفسخ من الاصل بنقض الحاكم اياه فكيف يتصور أن يتم به وتمام الشئ من آثار بقائه واقتضائه والحق أن المراد بقوله قبل تمام العقد قبل تمام مدة العقد على ما هو الشائع من حذف المضاف يدل عليه قوله فى وضع المسئلة فان زرعها ومضى الاجل ويرشد اليه قول صاحب الكافى فى التعليل ولنا أن المعقود عليه صار معلوما قبل مضى الاجل فيرتفع الفساد اه هذا وقال فى النهاية ومعراج الدراية فان قيل وان ارتفعت الجهالة بمجرد الزراعة لكن لم يرتفع ماهو الموجب للفساد وهو احتمال أن يزرع ما يضر بالارض لجواز أن يكون ما زرعها مضرا بالارض فتقع بينهما المنازعة بسبب ذلك لان الموجب للفساد فى ابتداء العقد كان احتمال ذلك وقد تحقق ذلك فكيف ينقلب الى الجواز بتحقق شئ احتماله مفسد للعقد ولان المعقود عليه اذا كان مجهولا لا يتعين الا بتعيينهما صونا عن الاضرار باحدهما ولا ينفرد أحدهما بالتعيين لما أن العقد قام بهما فكذا تعيين المعقود عليه ينبغى أن لا يقوم بهما ثم الاستعمال تعيين من أحدهما فلا يصح ذلك وهذا الاشكال هو الذى قاله صاحب الفوائد بقوله ولى فى هذا التعليل اشكال هائل ثم قال قلنا الاصل اجازة العقد عند انتفاء المانع لان عقود الانسان تصح بقدر الامكان والمانع الذى فسد العقد باعتباره توقع المنازعة بينهما فى تعيين المعقود عليه وعند استيفاء أحد النوعين من المنافع يزول هذا التوقع فيجوز هذا العقد انتهى ما فى النهاية ومعراج الدراية (أقول) فى الجواب بحث لان توقع المنازعة بينهما انما يزول عند استيفاء أحد النوعين من المنافع اذا لم ينفرد أحدهما باستيفاء ذلك وأما اذا انفرد أحدهما به فلا يزول ذلك أصلا وهذا محل الاستتارة به فالكلام الفيصل أنه ان اعتبر فى وضع هذه المسئلة علم رب الارض باستعمال المستأجر فى الارض ورضا بما عمل فيها فلا يتجه الاشكال المذكور رأسا وان لم يعتبر فيه ذلك بل انقلب العقد جائزا بمجرد استعمال المستأجر فيها ومضى

قلنا الاصل اجازة العقد عند انتفاء المانع لان عقود الانسان تصح بقدر الامكان والمانع الذى فسد باعتباره توقع المنازعة بينهما فى تعيين المعقود عليه وعند استيفاء أحد النوعين يزول هذا التوقع ويجوز هذا العقد ولهذا قلنا بالجواز عند انتفاء هذا التوقع (قوله وصار كما اذا أسقط الاجل المجهول قبل مضيه والخيار الزائد فى المدة) جعل هاتين المسئلتين مقيسا عليهما وزفر رحمه الله لا يقول بالانقلاب الى الجواز فيهما لانه لما أقمت الحجة وظهر بطلان قول زفر فيهما بالفساد فبعد اسقاطه صارتا بمنزلة المجمع عليهما ويحتمل أن يكون هذا من قبيل رد المختلف الى المختلف لزيادة الايضاح ومثله كثير (قوله لان العين المستأجرة أمانة فى يد المستأجر وان كانت الاجارة فاسدة) والامانة لا تضمن الا بالتعدى وحمل ما يحمل عليه الناس ليس من التعدى (قوله فان بلغ بغداد فله الاجر المسمى استحسانا على ماذكرنا) أى فى المسئلة الاولى وهو قوله وجه الاستحسان

(ومن استاجر حمارا الى بغداد بدرهم ولم يسم ما يحمل عليه فحمل عليه ما يحمله الناس فهلك فى نصف الطريق فلا ضمان عليه لان) الاجارة وان كانت فاسدة (العين المستاجرة أمانة فى يد المستاجر) لان حكم الفاسد انما يؤخذ من الجائز اذ لا حكم للفاسد بنفسه لان مباشرته مامور بنقضه فلابد وان يأخذ من الصحيح حكمه (فان بلغ بغداد فله الاجر المسمى استحسانا كما مر فى المسئلة الاولى) وهى قوله وجه الاستحسان أن الجهالة ارتفعت قبل تمام العقد فانه لما اجل عليه ما يحمله الناس من الحمل فقد تعين الحمل وارتفعت الجهالة المفضية الى النزاع فانقلب الى الجواز ووجب المسمى (وان اختصما قبل أن يحمل عليه وفى المسئلة الاولى قبل أن يزرع نقضت الاجارة دفعا للفساد لانه قائم بعد والله سبحانه وتعالى أعلم)

قال المصنف (وصار كما اذا أسقط الاجل المجهول) أقول قال فى النهاية بان باع أو آجر الى وقت الحصاد والدياس ثم أسقط ذلك الاجل قبل أن يأخذ الناس بالحصاد انتهى وفى شرح الشاهان والدياس انتهى

(باب ضمان الاجير) لما فرغ من بيان أنواع الاجارة شرع في بيان أحكام بعد الاجارة وهي الضمان وقال (الاجراء على ضربين الخ) الاجراء جمع أجير وهو على نوعين أجير مشترك وأجير خاص والسؤال عن وجه تقديم المشترك على الخاص دوري قيل وتعريف الاجير المشترك بقوله من لا يستحق الاجرة حتى يعمل أيضا تعريف دوري لانه لا يعلم من لا يستحقها قبل العمل حتى يعلم الاجير المشترك فيكون معرفة المعرف موقوفة على معرفة المعرف وهو الدور أجيب بانه قد علم مما سبق في باب الاجر متى يستحق أن بعض الاجراء يستحق الاجرة بالعمل فلم تتوقف معرفته على معرفة المعرف وقيل قوله من لا يستحق الاجرة حتى يعمل مفرد والتعريف بالمفرد لا يصح عند عامة المحققين واذا انضم الى ذلك قوله كالصباغ والقصار جاز أن يكون تعريفا بالمثال وهو صحيح

(باب ضمان الاجير)
(قوله شرع في بيان أحكام بعد الاجارة وهي الضمان) أقول اطلاق الاحكام على الضمان اما باعتبار كثرة أفراده أو المراد وهي الضمان وجودا وعدما قال المصنف (الاجراء على ضربين الخ) أقول من قبيل تقسيم الكل الى أجزائه (قوله وهو على نوعين) أقول وانما قال وهو أي الاجير على نوعين لان الاجراء لو كانت على نوعين كان كل من المشترك والخاص كذلك ولزم تقسيم الشئ الى نفسه والى غيره لكن اللام اذا دخلت الجمع ولا معهود انصرف الى الجنس هكذا قيل (قوله كان كل من المشترك والخاص كذلك الخ) ممنوع فان المقسم هو جميع الاجراء بحيث لا يخرج منه شئ لا ما يطلق عليه لفظ الاجراء مطلقا (قوله والسؤال عن وجه تقديم المشترك على الخاص دوري) أقول يعني لو قدم الخاص لتوجه السؤال عن سبب تقديمه على المشترك أيضا لان لتقديم كل منهما على الآخر وجها أما المشترك فلانه بمنزلة العام بالنسبة الى الخاص مع كثرة مباحثه وأما الخاص فلانه بمنزلة المفرد من المركب لكن تقديم المشترك ههنا لان الباب باب ضمان الاجير وذلك في المشترك فتأمل فان بما ذكره الشارح لم يظهر وجه اختيار تقديم المشترك كما لا يخفى وكان لا بد منه (قوله وأجيب بانه قد علم مما سبق الخ) أقول وأنت خبير بان قول المصنف لان المعقود عليه انما هو العمل متكفل لدفع هذا السؤال فانه يعلم به تعريف من لا يستحقها حتى يعمل بمن استؤجر على العمل وأثره فلا يلزم الدور ولا حاجة الى الحوالة

اذا الفساد قائم بعد

(باب ضمان الاجير)

قال (الاجراء على ضربين أجير مشترك وأجير خاص

لاجل سواء علم رب الارض بذلك ورضي به أولا فالاشكال المذكور وارد جدا غير مندفع بالجواب المزبور قطعا والله سبحانه وتعالى أعلم

(باب ضمان الاجير)

لما فرغ من ذكر أنواع الاجارة صحيحها وفاسدها شرع في بيان الضمان لانه من جملة العوارض التي تترتب على عقد الاجارة فيحتاج الى بيانه كذا في غاية البيان ويقرب منه ما ذكر في معراج الدراية وقال لما ذكر أنواع الاجارة الصحيحة والفاسدة شرع في ضمان الاجير اه وكل من هذين التقريرين جيد وأما صاحب النهاية فقال لما ذكر أبواب عقود الاجارة صحيحها وفاسدها ساقت النوبة الى ذكر أحكام بعد عقد الاجارة وهي الضمان فذكرها في هذا الباب اه ويقرب منه ما ذكره صاحب العناية حيث قال لما فرغ من بيان أنواع الاجارة شرع في بيان أحكام بعد الاجارة وهي الضمان اه ولا يخفى على ذي فطنة ما في تقريرهما من الركاكة حيث فسرا الجمع بالمفرد بقولهما وهي الضمان انتهى فان ضمير هي راجع الى الاحكام ولا ريب ان الضمان حكم واحد لا أحكام ولما ذاق بعض الفضلاء هذه البشاعة توجه الى توجيه ذلك فقال اطلاق الاحكام على الضمان اما باعتبار كثرة أفراده أو المراد وهي الضمان وجودا وعدما اه (أقول) توجيهه الثاني ليس بوجيه لان الضمان وجودا وعدما أيضا لا يصلح تفسيرا للاحكام فان أقل الجمع ثلاثة على القول الصحيح والضمان باعتبار وجوده وعدمه انما يصير اثنين لا غير ثم ان صاحب معراج الدراية قال والاجير فعيل بمعنى مفاعل من باب آجر واسم الفاعل منه مؤجر لا مؤاجر اه (أقول) فيه اشكال لان قوله واسم الفاعل منه مؤجر لا مؤاجر يرى مناقضا لقوله والاجير فعيل بمعنى مفاعل من باب آجر اذ على تقدير أن يكون اسم الفاعل منه مؤجرا لا مؤاجرا يلزم أن يكون الاجير فعيلا بمعنى مفعل لا بمعنى مفاعل فتامل ورد عليه الشارح العيني بوجه آخر حيث قال قلت هذا غلط لان فعيلا بمعنى فاعل لا يكون الا من الثلاثي وكيف يقول بمعنى مفاعل من باب آجر يعني به من المزيد بدليل قوله واسم الفاعل منه مؤجر اه كلامه (أقول) بل الغلط انما هو في كلام نفسه فان الفعيل بمعنى الفاعل كما يكون من الثلاثي يكون من المزيد أيضا وعن هذا قال المحقق الرضي في شرح الكافية وقد جاء فعيل مبالغة مفعل كقوله تعالى عذاب أليم أي مؤلم على رأي وقال وأما الفعيل بمعنى المفاعل كالجليس والحسيب فليس للمبالغة فلا يعمل اتفاقا اه وقال الامام المطرزي في المغرب وأما الاجير فهو مثل الجليس والنديم في أنه فعيل بمعنى مفاعل اه وهذا كله صريح في خلاف ما زعم فكأنه لم يذق شيأ من العربية

أن الجهالة ارتفعت قبل تمام العقد فينقلب جائزا وفي القياس يجب أجر المثل لان المنافع قد استوفيت باجارة فاسدة والحكم فيهما ما ذكرنا

(باب ضمان الاجير)

الاجير المشترك من يكون عقده واردا على عمل هو معلوم ببيان محله لان المعقود عليه في حقه الوصف الذي

لكن قوله لان المعقود عليه ينافى ذلك لان التعليل على التعريف غير صحيح وفى كونه مفردا لايصح التعريف به نظر والحق أن يقال انه من التعريفات اللفظية وقوله (لان المعقود عليه اذا كان هو العمل أو أثره كان له أن يعمل للعامة لان منافعه لم تصر مستحقة لواحد) بيان لمناسبة التسمية وكانه قال من لايستحق الاجرة حتى يعمل يسمى بالاجير المشترك لان المعقود عليه الخ ويؤيده قوله (فمن هذا الوجه يسمى مشتركا والمتاع أمانة فى يده ان هلك لم يضمن شيأ عند أبى حنيفة وهو قول زفر ويضمنه عندهما الا من شئ غالب كالحريق الغالب والعدو المكابر لهما ماروى عن عمر وعلى رضى الله عنهما انهما كان يضمنان الاجير المشترك ولان الحفظ مستحق عليه اذ لايمكن العمل الا به) ولا حفظ (فاذا هلك المتاع بسبب كان الاحتراز عنه ممكنا كالغصب والسرقة وترك المستحق عليه تقصير من جهته فيوجب الضمان كالوديعة اذا كانت باجر) فانهما يقولان انما تصور المسئلة فى حافظ الامتعة باجر فهلك الامتعة فانه يضمن وان كان العين عنده أمانة (بخلاف ما اذا لم يمكن الاحتراز عنه كالموت حتف أنفه والحريق الغالب وغير ذلك لانه لا تقصير من جهته ولابى حنيفة أن العين فى يده أمانة لان القبض حصل باذنه ولهذا لو هلكت فى يده بسبب لايمكن التحرز عنه لم يضمنه ولو كان العين فى يده مضمونا لضمنه كما فى المغصوب) فان قيل الاعتبار ليس بصحيح لان ما نحن فيه الحفظ فيه مستحق وقد فات بما أمكنه التحرز فوجب الضمان والغصب ليس كذلك أجاب بقوله (والحفظ مستحق عليه تبعا لا مقصودا) وذلك لان العقد وارد على العمل لكونه أجيرا مشتركا والحفظ ليس بمقصود أصلى بل لاقامة العمل فكان تبعا

قال المصنف (فالمشترك من لايستحق الاجرة) أقول ظاهره منقوض بالاجير المشترك اذا عجل له الاجر أو شرط التعجيل فيحتاج الى نوع عناية كأن يقال لايستحق الاجر بالنظر الى كونه أجيرا مع قطع النظر عن الامور الخارجة قال المصنف (لان المعقود عليه انما هو العمل) أقول عندى فيه اشارة الى دفع السؤال بان التعريف دورى فان عدم استحقاق الاجر حتى يعمل بكون المعقود عليه العمل فتأمل (قوله لان التعليل على التعريف غير صحيح) أقول يصح ذلك باعتبار الحكم الضمنى (قوله وقوله لان المعقود عليه اذا كان العمل الى قوله بيان لمناسبة التسمية) أقول وعندى أنه تعليل للحكم الضمنى المستفاد من التعريف وهو أن بعض الاجراء لايستحق الاجرة قبل العمل لان قضية عقد المعاوضة هى المساواة كما تقدم بيانه ولو استحق من استؤجر على العمل قبله تبطل المساواة هذا هو مراد المصنف الا أن المصنف فرع على ذلك التعليل قوله فكان له أن يعمل للعامة لبيان مناسبة التسمية فليتأمل ثم قوله بيان لمناسبة التسمية خبر لقوله لان المعقود عليه الخ (قوله ويؤيده قوله فمن هذا الوجه يسمى مشتركا) أقول لايبعد أن يقال ذلك يؤيد خلافه لاستلزامه التكرار قال المصنف (لهما ماروى عن عمر وعلى رضى الله عنهما) أقول قال الزيلعى وبقولهما يفتى اليوم لتغير أحوال الناس وبه يحصل صيانة أموالهم اهـ وفى النهاية روى عن عمر وعلى رضى الله تعالى عنهما أنهما كانا يضمنان الاجير المشترك لما ضاع على يده وعن على رضى الله عنه أنه كان لايضمن القصار والصائغ ونحوهما ولاجل اختلاف الصحابة اختار المتأخرون الفتوى بالصلح على النصف عملا باقوال الصحابة رضى الله تعالى عنهم بقدر الامكان اهـ كلام صاحب النهاية قال ابن البزازى معناه عمل فى كل نصف بقول حيث حط النصف وأوجب النصف اهـ فكأنه أراد بالصلح مجازه وهو الحط وفى فتاوى

فالمشترك من لايستحق الاجرة حتى يعمل كالصباغ والقصار) لان المعقود عليه اذا كان هو العمل أو أثره كان له أن يعمل للعامة لان منافعه لم تصر مستحقة لواحد فمن هذا الوجه يسمى مشتركا قال (والمتاع أمانة فى يده ان هلك لم يضمن شيأ عند أبى حنيفة رحمه الله وهو قول زفر ويضمنه عندهما الا من شئ غالب كالحريق الغالب والعدو المكابر) لهما ماروى عن عمر وعلى رضى الله عنهما انهما كانا يضمنان الاجير المشترك ولان الحفظ مستحق عليه اذ لايمكنه العمل الا به فاذا هلك بسبب يمكن الاحتراز عنه كالغصب والسرقة كان التقصير من جهته فيضمنه كالوديعة اذا كانت باجر بخلاف ما لايمكن الاحتراز عنه كالموت حتف أنفه والحريق الغالب وغيره لانه لا تقصير من جهته ولابى حنيفة رحمه الله ان العين أمانة فى يده لان القبض حصل باذنه ولهذا لو هلك بسبب لايمكن التحرز عنه لم يضمنه ولو كان مضمونا لضمنه كما فى المغصوب والحفظ مستحق عليه تبعا لا مقصودا

(قوله فالمشترك من لايستحق الاجرة حتى يعمل كالصباغ والقصار) قال صاحب العناية والسؤال عن وجه يحدث فى العين بعمله فلا يحتاج الى ذكر المدة كالقصار والصباغ والاسكاف وكل من يتقبل الاعمال من غير واحد وانما افترق الاجير المشترك مع الخاص فى أن الاجير المشترك لايمتنع عليه تقبل مثل ذلك العمل من غيره لان ما استحقه الاول من العمل فى الاجير المشترك بمنزلة الدين فى ذمته وذلك لايصلح مانعا مثله من غيره والاجير الخاص من يكون العقد واردا على منافعه ولا تصير منافعه معلومة الا بذكر المدة او المسافة ومنافعه فى حكم العين فاذا صارت مستحقة بعقد المعاوضة لم يتمكن من ايجابها لغيره وهو نظير السلم مع بيع العين فان المسلم فيه لما كان دينا فى الذمة لا يتعذر عليه قبول السلم من غيره والبيع كان يلاقى العين فبعد ما باعه من انسان لا يتمكن من بيعه لغيره (قوله لان المعقود عليه اذا كان هو العمل) يعنى اذا شرط أن يعمل هو بنفسه وقوله أو أثره اذا لم يشترط أن يعمل هو بنفسه (قوله ولان الحفظ مستحق عليه) اذ لايمكنه العمل الا به يريد به أن المعقود عليه الحفظ أيضا وعقد المعاوضة يقتضى سلامة المعقود عليه عن العيب فيكون المستحق بالعقد حفظا سليما عن عيب بسبب الهلاك الذى لايقع الا لتقصيره فى الحفظ ولو بالغ لاندفع فاذا هلك بجهة

ولهـذا لا يقابله الاجر بخلاف المودع بالحرلان الحفظ مستحق عليه مقصودا حتى يقابله الاجر قال (وما تلف بعمله كتخريق الثوب من دقه وزلق الحمال وانقطاع الحبـل الذى يشد به المكارى الحمل وغرق السفينة من مده مضمون عليه) وقال زفر والشافعى رحمهـما الله لا ضمان عليه لانه أمره بالفعل مطلقا فينتظمه بنوعيه المعيب والسليم وصار كاجير الوحد ومعين القصار

تقديم المشترك على الخاص دورى اه يعنى أن السؤال عن وجه التقديم يتوجه على تقدير العكس أيضا أى على تقدير تقديم الخاص على المشترك فلا مرجح سوى الاختيار وقال بعض الفضلاء يعنى لو قدم الخاص لتوجه السؤال عن سبب تقديمه على المشترك أيضا لان لتقديم كل منهـما على الآخر وجها أما المشترك فلأنه بمنزلة العام بالنسـبة الى الخاص مع كثرة مباحثه وأما الخاص فلأنه بمنزلة المفرد من المركب لكن تقديم المشترك ههنا لان الباب باب ضمـان الاجير وذلك فى المشترك فتأمل فان بما ذكره الشارح العينى لم يظهر وجه اختيار تقديم المشترك كما لا يخفى وكان لا بد منه الى هنا كلامه (أقول) ماذكره بقوله لكن تقديم المشترك هنا الخ ليس بتام أما أولا فلان معنى باب ضمـان الاجير باب ضمـان الاجير اثباتا ونفيا كما أشار اليه نفسه أيضا فيما قبـل بقوله أو المراد هى الضمـان وجودا وعدما والا أى وان لم يكن معناه ذلك بل كان معناه باب اثبات الضمـان لزم أن لا يصح عنوان الباب على قول أبى حنيفة أصلا اذ لا ضمـان عنده على أحد من الاجير المشترك والاجير الخاص وأن لا يصح ذلك عندهما أيضا الا فى بعض صور من مسائل الاجير المشترك وحده كما ستحيط به خبرا وهذا مما لا ينبغى أن يرتكب فاذا كان معنى عنوان الباب ما يعم اثبات الضمـان ونفيه كان نسبته الى المشـترك والخاص على السواء فلم يتم قوله وذلك فى المشـترك وأما ثانيا فلان الطرفين اذا كانا متساويين لم يحتج هنالك الى وجه يرجح اختيار أحـد الطرفين بل لم يتصور هنالك ذلك وانما يكون مرجح أحـد الطرفين هنالك نفس الاختيار لا غير كما أشرنا اليـه فى تقرير مراد صاحب العناية وقد تقرر فى العلوم العقلية أن ترجيح أحد المتساويين بالاختيار جائز وانما المحال ترجح أحدهما من غـير مرجح فظهر ان قوله فان بما ذكره الشارح لم يظهر وجه اختيار تقديم المشـترك مما لا يضر بتمام ماذكره وقوله وكان لا بد منـه مما لا صحة له نعم يمكن منع تساوى الطرفين فيما نحن فيـه لكنه أمر آخر مغاير لما قاله فتدبر وقال صاحب النهاية فان قلت هـذا يعنى تعريف الاجير المشترك بقوله من لا يستحق الاجرة حتى يعمل تعريف يؤل عاقبته الى الدور لان هـذا حكم لا يعرفه الا من يعرف الاجير المشترك ثم لو كان عارفا بالاجير المشـترك لا يحتاج الى هذا التعريف ولو لم يكن عارفا به قبل هذا لا يحصل له تعريف الاجير المشترك لانه يحتاج الى السؤال عن لا يستحق الاجرة حتى يعمل من هو فلا بد للمعرف أن يقول هو الاجير المشترك وهو عين الدور قلت نعم كذلك الا أن هذا تعريف للخفى بما هو أشهر منه فى فهوم المتعلمين أو هو تعريف لما لم يذكره بما قد سبق ذكره لانه ذكر قبل هـذا استحقاق الاجير بالعمل بقوله أو باستيفاء المعقود عليـه فى باب الاجر متى يستحق فصار كانه قال وما عرفته ان الاجـير الذى يستحق الاجر باستيفاء المعقود عليه فهو الاجير المشترك الى هنا كلامه (أقول) فى الجواب خلل أما أولا فلان قوله فى أول الجواب نعم كذلك اعتراف بلزوم الدور وما يستلزم الدور يتعين فساده ولا يمكن اصلاحه فما معنى قوله بعد ذلك الا أن هذا تعريف للخفى الخ وأما ثانيا فلان كون الاجير المشـترك خفيا وماذكر فى التعريف

يمكن الاحتراز عنها كالغصب والسرقة صار بالتقصير تاركا ذلك الحفظ الذى ضمنه له بعقده فيضمن كالوديعة اذا كانت باجر وصار مثل الدق فالمستحق بالعقد دق سليم عن عيب التخرق فاذا تخرق كان ضامنا وهـذا لانه لا يتوصل الى اقامة العـمل الا بالحفظ والعـمل السليم مستحق عليه وما لا يتوصـل الى المستحق الا به يكون مستحقا الا أن ما لا يمكن التحرز عنه يكون عفوا كالموت حتف أنفه والحرق الغالب أو غيرهما لان الحفظ عنه غير واجب فلا يضمن لعدم الجناية والتقصير منه وله أن العين أمانة عنده لانه قبض العين باذن المالك لمنفعة وهى اقامة العمل فيه له فلا يكون مضمونا عليه كالمودع وأجير الوحد وهذا لان الضـمان انما يجب بالتعدى

(ولهذا لا يقابله الاجر) واذا كان تبعا ثبت ضرورة اقامة العـمل لم يتعد الى ايجاب الضمان (بخـلاف المودع باجر لان الحفظ مستحق عليه مقصودا حتى يقابله الاجر) قال (وما تلف بعـمله كتخريق الثوب من دقـه الخ) وما تلف بعمل الاجير المشترك كتخريق الثوب من دقه وزلق الحمال وانقطاع الحبل الذى يشد به المكارى الحمل وغرق السفينة بفتح الراء من مدها صاحبها مضمون عليـه وقال زفر والشافـعى لا ضمـان عليه لانه أمره بالفعل مطلقا اذا استأجره ليدق الثوب ولم يزد عـلى ذلك ما يدل عـلى السـلامة والمطلق ينتظم الفـعل بنوعيـه السليم والمعيـب عملا بالاطلاق فصار كالاجير الوحد ومعين القصار

قاضيخان الفتوى على قول أبى حنيفة رحمه الله

أشهر منه ممنوع كيف ولو كان كذلك لما صح الجواب اذا سئل عمن لا يستحق الاجرة حتى يعمل بمن هو بانه هو الاجير المشترك وأما ثانيا فلان المذكور في باب الاجر متى يستحق بقوله أو باستيفاء المعقود عليه غير مختص بالاجير المشترك بل هو حكم مشترك بين الاجير المشترك والاجير الخاص فانهم حصروا هنالك سبب استحقاق الاجير مطلقا الاجرة في معان ثلاثة هي شرط التعجيل والتعجيل من غير شرط واستيفاء المعقود عليه ولو كان هذا المعنى الثالث مختصا بالاجير المشترك لزم أن لا يستحق الاجير الخاص الاجرة أصلا فيما اذا لم يشترط التعجيل ولم يعجل وهو ظاهر البطلان واذا كان المذكور فيما سبق بقوله أو باستيفاء المعقود عليه حكما عاما للاجير الخاص أيضا فكيف يصح أن يقال في توجيه معنى تعريف الاجير المشترك ههنا بما ذكر فصار كأنه قال وما عرفته ان الاجير الذي يستحق الاجر باستيفاء المعقود عليه فهو الاجير المشترك ثم ان صاحب العناية ذكر خلاصة السؤال والجواب المذكورين في النهاية بعبارة أخرى حيث قال قيل وتعريف الاجير المشترك بقوله من لا يستحق الاجرة حتى يعمل أيضا تعريف دوري لانه لا يعلم من لا يستحق قبل العمل حتى يعلم الاجير المشترك فتكون معرفة المعرف موقوفة على معرفة المعرف وهو الدور وأجيب بانه قد علم مما سبق في باب الاجر متى يستحق ان بعض الاجراء يستحق الاجرة بالعمل فلم تتوقف معرفته على معرفة المعرف اه (أقول) أصلح الجواب في الجملة كما ترى ولكن فيه أيضا خلل لانه ان أراد بما علم مما سبق في ذلك الباب ما ذكر هنالك بقوله أو باستيفاء المعقود عليه كما صرح به في النهاية يرد عليه ما ذكرناه فيما مر آنفا من أن ذلك حكم عام للاجير الخاص أيضا فكيف يتم تعريف الاجير المشترك بذلك وان أراد به ما ذكر هنالك بقوله وليس للقصار والخياط أن يطالب بالاجرة حتى يفرغ من العمل كما يشعر به قوله في تقرير هذا الجواب قد علم مما سبق ان بعض الاجراء يستحق الاجرة بالعمل حيث زاد فيه البعض يتجه عليه أن المعلوم من ذلك حكم مادة مخصوصة فكيف يحصل بذلك معرفة مطلق من لا يستحق الاجرة حتى يعمل حتى يصلح تعريفا لمطلق الاجير المشترك فتأمل وقال بعض الفضلاء وأنت خبير بان قول المصنف لان المعقود عليه انما هو العمل أو أثره متكفل لدفع هذا السؤال فانه يعلم به تعريف من لا يستحقها حتى يعمل بمن استؤجر على العمل أو أثره فلا يلزم الدور ولا حاجة الى الحوالة اه كلامه (أقول) ليس هذا بشئ لان تعريف الاجير المشترك بمن لا يستحق الاجرة حتى يعمل مما اختاره القدوري وذكره في مختصره ولم يذكر معه شيأ آخر يحصل به معرفة من لا يستحقها حتى يعمل والمصنف أيضا ذكره وحده في البداية وانما زاد عليه التعليل المذكور في الهداية والسؤال المزبور انما يتجه على من اكتفى بالتعريف المذكور من غير أن يذكر معه ما يفيد معرفته وزيادة المصنف شيأ يفيد معرفته كيف تصلح كلام من لم يزده ومات قبل ولادة المصنف بسنين كثيرة واذا لم يذكر معه شئ يحصل به معرفته فاما أن تحتاج معرفته الى معرفة الاجير المشترك الذي هو المعرف فيلزم الدور أو لا تحتاج اليها بل حصلت بما هو معلوم ومعهود فيما سبق فلابد في الجواب من الحوالة عليه فلم يتم قوله فلا يلزم الدور ولا حاجة الى الحوالة نعم تمام الحوالة غير مسلم عندنا كما قررنا فيما قبل ولكنه كلام آخر ثم قال ذلك البعض من الفضلاء ظاهر قوله فالمشترك من لا يستحق الاجرة حتى يعمل منقوض بالاجير المشترك اذا عجل له الاجر أو شرط التعجيل فيحتاج الى نوع عناية كان يقال لا يستحق الاجر بالنظر الى كونه أجيرا مع قطع النظر عن الامور الخارجة اه (أقول) انما يتوهم الانتقاض بذلك ويحتاج الى نوع عناية في دفعه لو كان معنى قوله المذكور المشترك من لا يستحق الاجرة قبل أن يعمل وأما اذا كان معناه المشترك من لا يستحقها بدون العمل أصلا كما يستحقها الاجير الخاص بتسليم نفسه في المدة وان لم يعمل أصلا على ما سيجئ فلا انتقاض بذلك أصلا لان الاجير المشترك اذا لم يقع منه العمل أصلا لا يستحق الاجرة حتى لو كان أخذها بطريق التعجيل يلزمه ردها على المستأجر وكان الامام الزيلعي تدارك هذا المعنى حيث قال في شرح قول صاحب الكنز ولا يستحق الاجر حتى يعمل يعني

أو بالعقد ولم يوجد واحد منهما أما التعدي فلانه قبض باذن المالك وأما العقد فلانه ورد على العمل لا على العين فلا يصير العين به مضمونا ولهذا لو هلك بما لا يمكن التحرز عنه لا يضمن ولو كان مضمونا لضمنه كالمغصوب

ولنا أن الداخل تحت الاذن ماهو الداخل تحت العقد وهو العمل المصلح لانه هو الوسيلة الى الاثر وهو المعقود عليه حقيقة حتى لو حصل بفعل الغير يجب الاجر فلم يكن المفسد ماذونا فيه

الاجير المشترك لا يستحق الاجرة الا اذا عمل اهـ فتبصر ثم ان صاحب العناية قال وقيل قوله من لا يستحق الاجرة حتى يعمل مفرد والتعريف بالمفرد لا يصح عند عامة المحققين واذا انضم الى ذلك قوله كالصباغ والقصار جاز أن يكون تعريفا بالمثال وهو صحيح ولكن قوله لان المعقود عليه ينافى ذلك لان التعليل على التعريف غير صحيح وقال وفى كونه مفردا لا يصح التعريف به نظر والحق أن يقال انه من التعريفات اللفظية وقوله لان المعقود عليه اذا كان هو العمل أو أثره كان له أن يعمل للعامة لان منافعه لم تصر مستحقة لواحد بيان لمناسبة التسمية وكانه قال من لا يستحق الاجرة حتى يعمل يسمى بالاجير المشترك لان المعقود عليه الخ ويؤيده قوله فمن هذا الوجه يسمى مشتركا الى هنا كلامه وقال بعض الفضلاء وعندى انه يعنى قوله لان المعقود عليه الخ تعليل للحكم الضمنى المستفاد من التعريف وهو أن بعض الاجراء لا يستحق الاجرة قبل العمل لان قضية عقد المعاوضة هى المساواة كما تقدم بيانه ولو استحق من استؤجر على العمل قبله تبطل المساواة هذا هو مراد المصنف الا أن المصنف فرع على ذلك التعليل قوله فكان له أن يعمل للعامة لبيان مناسبة التسمية فليتأمل الى هنا كلامه (أقول) مدار استخراج ذلك البعض ورأيه فى هذا المقام على أن تكون عبارة المصنف ههنا لان المعقود عليه انما هو العمل أو أثره فكان له أن يعمل للعامة وليست كذلك بل عبارته ههنا لان المعقود عليه اذا كان هو العمل أو أثره كان له أن يعمل للعامة ولا شك أن قوله كان له أن يعمل للعامة ليس بكلام مستقل بل هو جزاء للشرط المذكور فيما قبله ومجموع الشرط والجزاء داخل فى التعليل غير متحمل لغير بيان مناسبة التسمية فالحق ما قاله صاحب العناية على أنه لو كانت عبارة المصنف ما زعمه ذلك القائل وكان قوله لان المعقود عليه انما هو العمل أو أثره تعليلا لما ذهب اليه ذلك القائل على ما قرره ذلك القائل لما صح تفريع المصنف قوله فكان له أن يعمل للعامة على ذلك التعليل لان مدار ذلك التعليل على ما قرره ذلك القائل أن تكون قضية عقد المعاوضة هى المساواة كما تقدم بيانه ولا ريب أن هذه القضية كما تتحقق فيما اذا كان الاجير مشتركا تتحقق فيما اذا كان الاجير خاصا أيضا فلو صح تفريع قوله فكان له أن يعمل للعامة على ذلك التعليل لزم جواز أن يعمل الاجير الخاص أيضا للعامة وليس كذلك قطعا (قوله ولنا أن الداخل تحت الاذن ماهو الداخل تحت العقد وهو العمل المصلح لانه هو الوسيلة الى الاثر وهو المعقود عليه حقيقة حتى لو حصل بفعل الغير يجب الاجر فلم يكن المفسد ماذونا فيه) أقول فى تعليل كون الداخل تحت العقد هو العمل المصلح بما ذكره المصنف قصور لان كون العمل وسيلة الى الاثر انما يتصور فى صورة تخريق الثوب من دقه من صور مسئلتنا هذه دون الصور الثلاث الباقية منها اذ قد مر فى أواخر باب الاجر متى يستحق أن كل صانع لعمله أثر فى العين كالقصار والصباغ فله أن يحبس العين حتى يستوفى الاجر لان المعقود عليه وصف قائم فى الثوب فله حق الحبس لاستيفاء البدل كما فى البيع وكل صانع ليس لعمله أثر فى الثوب فله حق الحبس لاستيفاء البدل كما فى البيع وكل صانع ليس لعمله أثر فى العين ليس له أن يحبس العين للاجر كالحمال والملاح لان المعقود عليه نفس العمل وهو عين قائم فى العين فلا يتصور حبسه اهـ فقد تلخص منه أن العمل على نوعين نوع له أثر فى العين كعمل الصباغ والقصار ونوع ليس له أثر فى العين كعمل الحمال والملاح وان المعقود عليه فى النوع الاول هو الاثر وهو الوصف

وأما الحفظ فغير معقود عليه لكنه وسيلة اليه ولهذا لا يقابل بالاجر بحال وجعل العين تابعا للعمل قلب الحقيقة فلا يصار عليه الا عن ضرورة كما فى الحبس اذ لا يقدر على حبس أثر فعله الا بحبس العين بخلاف المودع بالاجر لان الحفظ مستحق عليه مقصودا اذ العقد عقد حفظ والاجر فى مقابلة الحفظ وعن على رضى الله عنه انه كان لا يضمن القصار والصباغ وغير ذلك فكانت المسئلة مختلفة بين الصحابة فلا يجب تقليد البعض (قوله وهو المعقود عليه حقيقة) أى الاثر (قوله فلم يكن ماذونا فيه) أى فى المعيب لانه ليس بوسيلة الى الاثر (قوله

ولنا ان الداخل تحت الاذن أى الامر ماهو الداخل تحت العقد لان الامر اما بالعقد أو لازم من لوازمه والداخل تحت العقد هو العمل المصلح لانه هو الوسيلة الى الاثر الحاصل فى العين من فعله الذى هو المقصود عليه فى الحقيقة لكونه هو المقصود حتى لو حصل ذلك بفعل غير الاجير وجب الاجر واذا كان كذلك كان الامر مقيدا بالسلامة فلم يكن المفسد مامورا به بخلاف معين القصار لانه متبرع فلا يمكن تقييد عمله بالمصلح لانه يمتنع عن التبرع وفيما نحن فيه يعمل بالاجر فامكن تقييده والملتزم أن يلتزم جواز الامتناع عن التبرع فيما يحصل به المضرة لغير من تبرع له

(قوله لانه هو الوسيلة الى الاثر الحاصل فى العين من فعله الذى هو المعقود عليه) أقول قوله الذى صفة للاثر (قوله لانه يمتنع عن التبرع وفيما نحن فيه يعمل بالاجر فامكن تقييده وللترم أن يلتزم جواز الامتناع عن التبرع فيما يحصل به المضرة لغير من تبرع له)

بخلاف المعين لانه متبرع فلا يمكن تقييده بالمصلح لانه يمتنع عن التبرع وفيما نحن فيه يعمل بالاجر فامكن تقييده وبخلاف أجير الوحد على ما نذكره ان شاء الله تعالى وانقطاع الحبل من قلة اهتمامه فكان من صنيعه قال (الا أنه لا يضمن به بنى آدم ممن غرق فى السفينة أو سقط من الدابة وان كان بسوقه وقوده) لان الواجب ضمان الآدمى وأنه لا يجب بالعقد وانما يجب بالجناية ولهذا يجب على العاقلة وضمان العقود لا تتحمله العاقلة قال

القائم فى الثوب والمعقود عليه فى النوع الثانى نفس العمل لا غير ولا شك أن هاتيك الصور الثلاث فيما نحن فيه من مسائل الحمال والملاح واذ لم يكن لعمل الصانع فيها أثر فى العين فكيف يتصور أن يكون له وسيلة الى الاثر وكيف يصح أن يقال فيها الاثر هو المعقود عليه حقيقة وقد مر صريحا فيما مر بان المعقود عليه هنالك نفس العمل وكذا قوله حتى لو حصل بفعل الغير يجب الاجر ليس بمستقيم على اطلاقه اذ قد مر أيضا فى الباب المزبور أنه اذا شرط على الصانع أن يعمل بنفسه فليس له أن يستعمل غيره لان المعقود عليه العمل من محل بعينه فيستحق عينه كالمنفعة فى محل بعينه اه نعم اذا أطلق العمل فله أن يستأجر من يعمله كما مر هنالك أيضا فكان الدليل خاصا والمدعى عاما والاولى فى التعليل ههنا ما ذكره صاحب الكافى حيث قال لان الداخل تحت الاذن ما هو الداخل تحت العقد وهو العمل المصلح لان الاذن انما يثبت ضمنا للعقد والعقد انعقد على التسليم لان مطلق عقد المعاوضة يقتضى سلامة المعقود عليه عن العيوب كما مر فى البيوع فاذا ثبت ان المعقود عليه العمل السليم ثبت ان المفسد غير معقود عليه فلا يكون ماذونا فيه كما لو وصف نوعا من الدق فجاء بنوع آخر اه (قوله بخلاف المعين لانه متبرع فلا يمكن تقييده بالمصلح لانه يمتنع عن التبرع وفيما نحن فيه يعمل بالاجر فامكن تقييده) قال صاحب العناية وللملتزم أن يلتزم جواز الامتناع عن التبرع فيما يحصل به المضرة لغير من تبرع له اه وقصد بعض الفضلاء دفع ذلك فقال الحكم يدار على دليله وان كانت الحكمة أخص كما سبق نظيره فى الايمان فقوله لانه يمتنع عن التبرع بيان لحكمة عدم التضمين اه (أقول) هذا لا يجدى شيأ لان صاحب العناية لم ينف لزوم الامتناع عن التبرع فى صورة حصول المضرة به لغير من تبرع له بل أراد منع بطلان ذلك اللازم بناء على التزام جواز ذلك دفعا للضرر عن غير المتبرع له فلا فائدة ههنا لحديث جواز كون الحكمة أخص على ان لصاحب العناية أن يقول لا يصلح قوله لانه يمتنع عن التبرع بيانا لحكمة عدم التضمين أيضا فانه اذا جاز التزام امتناعه عن ذلك بناء على دفع الضرر عن الغير لم تظهر حكمة عدم التضمين بل كان الظاهر حينئذ هو التضمين كما لا يخفى ثم قال صاحب العناية ولو علل بان التبرع بالعمل بمنزلة الهبة وهى لا تقتضى السلامة كان أسلم اه (أقول) ولقائل أن يقول هنا أيضا كون التبرع بالعمل بمنزلة الهبة بالنظر الى من تبرع له لا يقتضى جواز ذلك اذا تضمن ضرر الغير من تبرع له ألا يرى أنه اذا أخذ أحد مال الآخر وتبرع به لغيره بطريق الهبة فلا شك انه يلزمه الضمان فلم لا يلزمه الضمان اذا عمل فى مال المستأجر بغير اذنه وتبرع بالعمل للاجير فتلف بعمله مال المستاجر فليتامل (قوله وانقطاع الحبل من قلة اهتمامه فكان من صنيعه) هذا جواب عما عسى أن يقال انقطاع الحبل ليس من صنيع الاجير فما وجه ذكره من جملة ما تلف بعمله فاجاب بانه من قلة اهتمامه فكان من صنيعه كذا فى العناية وغيرها (أقول) لقائل أن يقول يشكل هذا على ما مر من ان الاجير المشترك لا يضمن ما هلك فى يده عند أبى حنيفة رحمه الله وان كان الهلاك بسبب يمكن الاحتراز عنه كالغصب والسرقة فانه يجوز أن يقال هنالك أيضا ان الهلاك من قلة اهتمامه حيث لم يحترز عما يمكن الاحتراز عنه فكان من صنيعه فينبغى أن يضمن بالاتفاق ثم أقول يمكن الفرق بان التقصير هنالك فى الحفظ وهو مستحق عليه تبعا لا مقصودا كما مر فلا اعتبار له وأما ههنا فالتقصير فى نفس العمل الذى هو مستحق عليه مقصودا فله اعتبار وحكم (قوله لان الواجب ضمان الآدمى وانه لا يجب بالعقد وانما يجب بالجناية) قال فى الكفاية لا يقال ان ضمان بنى آدم يجب بالتسبيب وقد وجد لان المسبب

ولو علل بان التبرع بالعمل بمنزلة الهبة وهى لا تقتضى السلامة كان أسلم وبخلاف الاجير الوحد على ما نذكره وقوله (وانقطاع الحبل) جواب عما عسى أن يقال انقطاع الحبل ليس من صنيع الاجير فما وجه ذكره من جملة ما تلف بعمله فانه (من قلة اهتمامه فكان من صنيعه الا أنه لا يضمن به) أى بفعله (بنى آدم ممن غرق فى السفينة أو سقط من الدابة وان كان بسوقه وقوده لان الواجب ضمان الآدمى وضمان الآدمى لا يجب

أقول الحكم يدار على دليله وان كانت الحكمة أخص كما سبق نظيره فى الايمان فقوله لانه يمتنع الخ بيان لحكمة عدم التضمين (قوله وهى لا تقتضى السلامة) أقول قال الله تعالى ما على المحسنين من سبيل

الا أنه لا يضمن به بنى آدم ممن غرق فى السفينة أو سقط من الدابة) قيل انما هو اذا كان ممن يستمسك على الدابة

(واذا)

بالعقد وانما يجب بالجناية ولهذا يجب على العاقلة والعاقلة لا تتحمل ضمان العقود ومن استأجر من يحمل له دنا من الفرات فوقع في بعض الطريق فانكسر فان شاء ضمنه قيمته في المكان الذي حمله ولا أجر له وان شاء ضمنه قيمته في الموضع الذي انكسر وأعطاه الاجر بحسابه) وانما وضع المسئلة في الفرات لان الدنان كانت تباع هنالك (أما الضمان فلما قلنا) انه أجير مشترك وقد تلف المتاع بصنعه كما في تخريق الثوب بالدق (فان السقوط بالعثار في الطريق أو بانقطاع الحبل وقد تقدم ان كل ذلك من صنيعه) ولم يدخل تحت العقد (وأما الخيار) مع أن القياس يقتضي أن لا يخير عند أبي حنيفة بل يضمنه قيمته في المكان الذي انكسر لان المال عنده أمانة في يد الاجير المشترك واذا كان أمانة وجب أن لا يضمن قيمته في المكان الذي حمله منه (فلانه اذا انكسر في الطريق والحمل شئ واحد تبين انه وقع تعديا من الابتداء من هذا الوجه ومن حيث ان ابتداء الحمل حصل باذنه لم يكن تعديا وانما التعدي عند الكسر فيختار أي الجهتين شاء فان اختار الوجه الثاني فله الاجر بقدر ما استوفى من العمل وان اختار الوجه الاول فلا أجر له لانه ما استوفى أصلا واذا فصد الفصاد أو بزغ البزاغ ولم يتجاوز الموضع المعتاد فلا ضمان عليه فيما عطب من ذلك وفي الجامع الصغير بيطار بزغ الخ) وانما أعادوا يشمله نوع بيان ليس في رواية القدوري وكل منهما يشتمل على نوع من البيان أما في القدوري فلانه ذكر عدم التجاوز عن الموضع المعتاد ويفيد أنه اذا تجاوز ضمن وأما في الجامع الصغير فلانه بين الاجرة وكون الحجامة بأمر المولى والهلاك ويفيد أنها اذا لم تكن بأمره ضمن ووجه ذلك أن الهلاك ليس بمقارن وانما هو بالسراية بعد تسليم العمل والتحرز عنها غير ممكن لانه أي السراية يبتنى على قوة الطباع وضعفها في تحمل الالم وما هو كذلك مجهول والاحتراز عن المجهول غير متصور فلم يمكن التقييد بالمصلح من العمل لئلا يتقاعد الناس عنه مع مساس الحاجة ولا كذلك دق الثوب ونحوه لان الهلاك مقارن بالدق قبل أن يخرج العمل من ضمان القصار والتحرز عنه ممكن لان قوة الثوب ورقته تعرف بالاجتهاد فأمكن القول بالتقييد فان قيل قد علم من رواية الكتابين أن الحجام اذا حجم العبد باذن مولاه وتجاوز المعتاد وجب عليه الضمان لكن لم يعلم منها قدر الضمان على تقدير الحياة والموت أجيب بان ذلك بحسب قدر التجاوز حتى ان الختان اذا ختن فقطع الحشفة فان برئ فعليه ضمان كمال الدية وان مات فعليه نصف بدل نفسه فان قيل هذا مخالف لجميع مسائل الديات فانه كلما ازداد أثر جنايته انتقص ضمانه أجيب بان

(واذا استأجر من يحمل له دنا من الفرات فوقع في بعض الطريق فانكسر فان شاء ضمنه قيمته في المكان الذي حمله ولا أجر له وان شاء ضمنه قيمته في الموضع الذي انكسر وأعطاه الاجر بحسابه) أما الضمان فلما قلنا والسقوط بالعثار أو بانقطاع الحبل وكل ذلك من صنيعه وأما الخيار فلانه اذا انكسر في الطريق والحمل شئ واحد تبين أنه وقع تعديا من الابتداء من هذا الوجه وله وجه آخر وهو ان ابتداء الحمل حصل باذنه فلم يكن تعديا وانما صار تعديا عند الكسر فيميل الى أي الوجهين شاء وفي الوجه الثاني له الاجر بقدر ما استوفى وفي الوجه الاول لا أجر له لانه ما استوفى أصلا قال (واذا فصد الفصاد أو بزغ البزاغ ولم يتجاوز الموضع المعتاد فلا ضمان عليه فيما عطب من ذلك وفي الجامع الصغير بيطار بزغ دابة بدانق فنفقت أو حجام حجم عبدا بأمر مولاه

انما يضمن اذا تعدى وكلامنا فيما اذا لم يوجد التعدي اهـ (أقول) فيه بحث وهو انه كيف يكون كلامنا فيما اذا لم يوجد التعدي وقد وجب على الاجير المشترك في مسئلتنا هذه ضمان المتاع الهالك بعمله عند أئمتنا الثلاثة ولو لا التعدي لما ضمن عند أبي حنيفة رحمه الله فان الاصل عنده ان المتاع أمانة في يد الاجير ان هلك لم يضمن شيأ كما مر ووجه التعدي فيما نحن فيه على ما فهم من الدليل المذكور من قبل أئمتنا هو مخالفة الاجير لاذن المستأجر حيث أتى بالعمل المفسد مع ان الداخل تحت اذنه انما هو العمل المصلح ويجيء من المصنف

وركب وحده والا فهو كالمتاع والصحيح انه لا فرق وكذا رواه ابن سماعة عن أبي يوسف رحمه الله في الوضع كذا ذكره التمرتاشي رحمه الله ولا يقال ان ضمان بني آدم يجب بالتسبب وقد وجد لان المسبب انما يضمن اذا تعدى وكلامنا فيما اذا لم يوجد التعدي (قوله واذا استأجر من يحمل له دنا من الفرات) انما وضع المسئلة في الفرات لان الدنان تباع هنالك واعلم ان الحمال أجير مشترك بمنزلة القصار فان تلف في يده بغير فعله بان زحمه الناس ففي وجوب الضمان عليه خلاف بين أبي حنيفة رحمه الله وصاحبيه كما في ضمان الاجير المشترك وان تلف بفعله بان يعثر فانكسر المتاع فهو ضامن عندنا خلافا لزفر فان التلف حصل بجناية يده ثم عندنا لصاحب المتاع الخيار ان شاء ضمنه قيمته محمولا الى الموضع الذي سقط وأعطاه من الاجر بحصته وان شاء ضمنه قيمته غير محمول ولا أجر له وهذا لان العمل صار مسلما ان كان صاحبه يمشي معه فلا يشكل وكذلك ان كان لا يمشي معه

(قوله فلانه اذا انكسر في الطريق الخ) أقول تعليل لقوله وأما الخيار مع أن القياس الخ (قوله وأما في الجامع الى قوله والهلاك) أقول فيه بحث (قوله ويفيد أنها اذا لم تكن بأمره ضمن) أقول لان التخصيص بالذكر في الروايات يفيد نفي الحكم عما عداه (قوله ووجه ذلك أن الهلاك ليس بمقارن) أقول لا يخفى عليك أن انتفاء المقارنة لا يتوقف عليه تمام الدليل وانما ذكر لزيادة التوضيح فتأمل قال المصنف (لانه يبتنى على قوة الطباع وضعفها) أقول ذكر الضمير لكونه في تأويل أن مع الفعل والمراد لان السراية وجودا وعدما تبتنى (قوله حتى ان الختان اذا ختن فقطع الحشفة) أقول وفي صحة التفريع كلام ثم قوله الحشفة بالحاء المهملة

فمات فلاضمان عليه) وفى كل واحد من العبارتين نوع بيان و وجهه أنه لا يمكنه التحرز عن السراية لانه يبتنى على قوة الطباع وضعفها فى تحمل الالم فلا يمكن التقييد بالمصلح من العمل ولا كذلك دق الثوب ونحوه مما قدمناه لان قوة الثوب ورقته تعرف بالاجتهاد فأمكن القول بالتقييد قال (والاجير الخاص الذى يستحق الاجرة بتسليم نفسه فى المدة وان لم يعمل

التصريح بوقوع التعدى فى المسئلة الآتية وهو نظير ما نحن فيه فى الاحكام (قوله وفى كل واحد من العبارتين نوع بيان) لانه ذكر فى مسئلة القدورى عدم التجاوز عن الموضع المعتاد حتى انه اذا تجاوز يجب الضمان وذكر فى مسئلة الجامع الصغير الاجرة وحجامة العبد بامر المولى حتى انه اذا لم يكن بامره يجب الضمان فجعل المذكور فى احداهما مذكورا فى الاخرى كذا فى النهاية ومعراج الدراية وأحسن من ذلك فى البيان عبارة الكفاية فانه قال فيها لان رواية المختصر ناطقة بعدم التجاوز ساكتة عن الاذن ورواية الجامع الصغير ناطقة بالاذن ساكتة عن التجاوز فصار ما نطق به رواية المختصر بيانا لما سكت عنه رواية الجامع الصغير وما نطق به رواية الجامع الصغير بيانا لما سكت عنه رواية المختصر فيستفاد بمجموع الروايتين اشتراط عدم التجاوز والاذن لعدم وجوب الضمان حتى اذا عدم أحدهما أو كلاهما يجب الضمان اه وأما صاحب العناية فقال وكل منهما يشتمل على نوع من البيان أما القدورى فلانه ذكر عدم التجاوز عن الموضع المعتاد وبفيد أنه اذا تجاوز ضمن وأما الجامع الصغير فلانه بين الاجرة وكون الحجامة بامر المولى والهلاك ويفيد أنها اذا لم تكن بامره ضمن اه كلامه (أقول) فى بيانه خلل فانه جعل الهلاك أيضا من البيان الذى فى عبارة الجامع الصغير وليس بسديد اذ لا شك ان مراد المصنف بقوله وفى كل واحد من العبارتين نوع بيان ان فى كل واحد منهما نوعا من البيان مخصوصا به والهلاك مذكور فى كل واحد منهما غير مخصوص باحدهما فانه قال فى مختصر القدورى فيما عطب من ذلك وقال فى الجامع الصغير فنفقت وفى كل واحد منهما معنى الهلاك بل ما فى مختصر القدورى صرح فى ذلك بما فى الجامع الصغير فان أهل اللغة فسروا عطب بهلك ونفق بمات (قوله والاجير الخاص الذى يستحق الاجرة بتسليم نفسه فى المدة وان لم يعمل) قال

يصير مسلما باتصاله بملكه ولم يوجد تسليم المعقود عليه بملكه فثبت الخيار لهذا فان قيل كان ينبغى أن لا يتخير عند أبى حنيفة رحمه الله على هذا الوجه ولكن يضمنه قيمته فى المكان الذى انكسر لان المذهب عنده ان المال أمانة عند الاجير المشترك وانما يضمن ما تلف بفعله واذا كان أمانة وقت القبض وجب أن لا يضمن قيمته فى المكان الذى حمله منه قلنا له فى ذلك الضمان وجهان أحدهما أن هذا ليس كذلك على الاطلاق ولكن القبض يقع على وصف التوقف عنده ان هلك بصنعه ظهر أنه كان مضمونا عليه وان سلم ظهر أنه كان أمانة وهنا لما هلك بزلقه ظهر أنه كان مضمونا عليه فجاز أن يكون له الخيار على الوجه الذى قلنا والوجه الثانى هو انه وجد سبب الضمان فى مكان الحمل منه لان سبب الضمان وان كان هو الحمل الذى وقع كسرا وفسادا الآن الافساد الحاصل من عمله استند الى حالة العقد لان الفساد بعمله انما أوجب الضمان باعتبار العقد لانه لولا عقد الاجارة لكان الاجير معينا فى الحمل ولا ضمان على المعين فيما أعان ولما كان سبب وجوب الضمان العقد من حيث الاعتبار والحكم يحال به على السبب فلهذا كان له أن يضمنه قيمته فى المكان الذى حمله منه (قوله وفى كل واحد من العبارتين نوع بيان) لان رواية المختصر ناطقة بعدم التجاوز ساكتة عن الاذن ورواية الجامع الصغير ناطقة بالاذن ساكتة عن التجاوز فصار ما نطق به رواية المختصر بيانا لما سكت عنه رواية الجامع الصغير وما نطق به رواية الجامع الصغير بيانا لما سكت عنه ورواية المختصر فيستفاد بمجموع الروايتين اشتراط عدم التجاوز والاذن لعدم وجوب الضمان حتى اذا عدم أحدهما أو كلاهما يجب الضمان (قوله والاجير الخاص الذى يستحق الاجر بتسليم نفسه فى المدة وان لم يعمل) أى سلم نفسه ولم يعمل مع التمكن أما اذا امتنع من العمل ومضت المدة أو لم يتمكن من العمل ومضت المدة لم يستحق الاجر لانه لم يوجد تسليم النفس

محمدا قال فى النوادر انه لما برئ كان عليه ضمان الحشفة وهى عضو مقصود لا ثانى له فى النفس فيتقدر بدله ببدل النفس كما فى قطع اللسان وأما اذا مات فقد حصل تلف النفس بفعلين أحدهما ماذون فيه وهو قطع الجلدة والآخر غير ماذون فيه وهو قطع الحشفة فكان ضامنا نصف بدل النفس لذلك فان قيل التنصيف فى البدل يعتمد التساوى فى السبب وقد انتفى لان قطع الحشفة أشد افضاء الى التلف من قطع الجلدة لا محالة فكان كقطع اليد مع حز الرقبة أجيب بان كل واحد يحتمل أن يقع اتلافا وان لا يقع اتلافا والتفاوت غير مضبوط فكان هذا هدرا كاختلاف الجراحات فانه لا يحتمل أن لا يقع اتلافا قال (والاجير الخاص الخ) الاجير الخاص هو الذى يستحق الاجرة بتسليم نفسه فى المدة وان لم يعمل كمن استؤجر شهرا للخدمة شخص أو لرعى غنمه وقد ذكرنا ما يرد على الاجير المشترك والجواب عنه فعليك بمثله ههنا وقد ذكر وجه التسمية وهو ظاهر

(قوله فعليك بمثله ههنا) أقول فيه بحث

(قوله ولهذا) أى ولان الاجر مقابل بالمنافع والمنافع مستحقة له (يبقى الاجر مستحقا وان نقض العمل) على بناء المفعول بخلاف الاجير المشترك فانه روى عن محمد فى خياط خاط ثوب رجل باجر ففتقه رجل قبل أن يقبض رب الثوب فلا أجر للخياط لانه لم يسلم العمل الى رب الثوب ولا يجبر الخياط على أن يعيد العمل لانه لو أجبر عليه أجبر بحكم العقد الذى جرى بينهما وذلك العقد قد انتهى بتمام العمل وان كان الخياط هو الذى فتق فعليه أن يعيد العمل وهذا لان الخياط لما فتق الثوب فقد نقض عمله وصار كان لم يكن بخلاف ماذا فتقه أجنبى لانه بفتق الاجنبى لا يمكن أن يجعل كان الخياط لم يعمل أصلا ولو كان أجيرا خاصا فنقضه استحق الاجر (ولا يضمن ما تلف فى يده) بان سرق منه أو غاب أو غصب (ولا ما تلف من عمله) بان انكسر القدوم فى عمله أو تخرق الثوب من دقه اذا لم يتعمد الفساد فان تعمد ذلك ضمن كالمودع اذا تعدى (أما الاول) وهو ما اذا تلف فى يده (فلان العين أمانة فى يده لحصول القبض باذنه وهذا ظاهر عند أبى حنيفة وكذا عندهما لان تضمين الاجير المشترك نوع استحسان عندهما صيانة لاموال الناس) فانه يقبل أعيانا كثيرة رغبة فى كثرة الاجر وقد يعجز عن قضاء حق الحفظ فيها فضمن حتى لا يقصر فى حفظها ولا يأخذ الا ما يقدر على حفظه (والاجير الوحد لا يقبل العمل) بل يسلم نفسه (فتكون السلامة غالبة فيؤخذ فيه بالقياس وأما الثانى) وهو ما اذا تلف من عمله (فلان المنافع متى صارت مملوكة للمستأجر) بتسليم النفس صح تصرفه فيها والامر بالتصرف فيها (فاذا أمره بالتصرف فى ملكه صح و يصير المامور) أى الاجير (نائبا منابه فصار فعله منقولا اليه كانه فعله بنفسه فلهذا لا يضمنه والله أعلم)

كمن استؤجر شهرا للخدمة أو لرعى الغنم) وانما سمى أجير وحد لانه لا يمكنه أن يعمل لغيره لان منافعه فى المدة صارت مستحقة له والاجر مقابل بالمنافع ولهذا يبقى الاجر مستحقا وان نقض العمل قال (ولا ضمان على الاجير الخاص فيما تلف فى يده ولا ما تلف من عمله) أما الاول فلان العين أمانة فى يده لانه قبض باذنه وهذا ظاهر عند أبى حنيفة وكذا عندهما لان تضمين الاجير المشترك نوع استحسان عندهما لصيانة أموال الناس والاجير الوحد لا يتقبل الاعمال فتكون السلامة غالبة فيؤخذ فيه بالقياس وأما الثانى فلان المنافع متى صارت مملوكة للمستأجر فاذا أمره بالتصرف فى ملكه صح و يصير نائبا منابه فيصير فعله منقولا اليه كانه فعل بنفسه فلهذا لا يضمنه والله أعلم بالصواب

صاحب العناية وقد ذكرنا ما يرد على الاجير المشترك والجواب عنه فعليك بمثله ههنا اه (أقول) لا يذهب على الفطن ان مثل الجواب المذكور هنالك عن الايراد على تعريف الاجير المشترك بانه تعريف دورى لا يمشى ههنا يظهر ذلك بادنى توجه وتدبر فكان صاحب النهاية تدارك هذا حيث قال وقد ذكرناه وما ورد فيه من الشبهة انتهى ولم يتعرض للجواب لكن فى تحريره أيضا ركاكة لان المذكور فيما تقدم تعريف الاجير المشترك وما ورد فيه من الشبهة لا تعريف الاجير الخاص وما ورد فيه فما معنى قوله وقد ذكرناه وما ورد فيه من الشبهة اللهم الا أن يصار الى حذف المضاف فيكون التقدير وقد ذكرنا مثله وما ورد فيه من الشبهة (قوله لان تضمين الاجير المشترك نوع استحسان عندهما لصيانة أموال الناس) فانه يقبل أعمالا كثيرة رغبة فى كثرة الاجر وقد يعجز عن قضاء حق الحفظ فيها فضمن حتى لا يقصر فى حفظها ولا يأخذ الا ما يقدر على حفظه كذا فى العناية أخذا من الكافى قال بعض الفضلاء فيه بحث فان حكمها بالضمان انما نشأ من الدليلين المذكورين فى الكتاب وما ذكر هنا يدل على أن ذلك لئلا يقصر الاجراء فى الحفظ انتهى (أقول) هذا البحث ساقط جدا اذ الظاهر أن ما ذكر هنا حكمة حكمها بضمان الاجير المشترك وما ذكره فيما مر فى الكتاب من الوجهين انما هو دليل حكمها بذلك فلا تنافى بينهما أصلا على أنه لو كان ما ذكر هنا أيضا دليلا لا حكمة لم يلزم

(قوله كمن استؤجر شهرا للخدمة أو لرعى الغنم) واعلم أنه اذا استأجره ليرعى غنمه بدرهم شهرا فهو أجير مشترك الا أن يقول ولا ترع غنم غيرى فحينئذ يصير أجير وحد وان ذكر المدة أولا بان استأجره ليرعى غنمه شهرا بدرهم فهو أجير وحد الا أن يقول وترعى غنم غيرى (قوله ولهذا يبقى الاجر مستحقا وان نقض العمل) أى ولانه يستحق الاجر بتسليم نفسه فى المدة وان لم يعمل و يستحق الاجر وان نقض العمل بخلاف الاجير المشترك فانه لا يستحق الاجر اذا نقض عمله قبل أن يقبض رب الثوب لانه لم يسلم العمل الى رب الثوب فانه روى عن محمد رحمه الله فى خياط خاط ثوب رجل باجر ففتقه رجل قبل أن يقبض رب الثوب فلا أجر للخياط لانه لم يسلم العمل الى رب الثوب ولا يجبر الخياط على أن يعيد العمل لانه لو أجبر انما يجبر بحكم العقد الذى جرى بينهما وذلك العقد قد انتهى بتمام العمل وان كان الخياط هو الذى فتق فعليه أن يعيد العمل وهذا لان الخياط لما فتق الثوب فقد نقض عمله وصار كان لم يكن بخلاف ما اذا فتقه أجنبى لان بفتق الاجنبى لا يمكن أن يجعل كان الخياط لم يعمل أصلا (قوله ولا ضمان على الاجير الخاص فيما تلف فى يده) أو سرق منه أو غصب ولا ما تلف من عمله بان انكسر القدوم فى عمله أو تخرق الثوب من دقه هذا اذا لم يتعمد الفساد لانه بائع

(قوله ولو كان أجيرا خاصا فنقضه) أقول يعنى نقضه أجنبى (قوله لحصول القبض باذنه) أقول القبض بالاذن حاصل فى المودع باجر وهو ضامن لما تلف فى يده فكان المناسب أن يقول ولا أجر للحفظ الا أنه لم يذكره لظهوره مما سبق (قوله وقد يعجز عن قضاء حق الحفظ فيها فضمن حتى لا يقصر فى حفظها) أقول فيه بحث فان حكمها بالضمان انما نشأ من الدليلين المذكورين فى الكتاب وما ذكر هنا يدل على أن ذلك لئلا يقصر الاجراء فى الحفظ والاظهر أن يقال وكذا عندهما لعدم جريان وجهى الاستحسان فى أجير الوحد فبقى على القياس

(باب الاجارة على أحد الشرطين)

(واذا قال للخياط ان خطت هذا الثوب فارسيا فبدرهم وان خطته روميا فبدرهمين جاز وأى عمل من هذين العملين عمل استحق الاجر به) وكذا اذا قال للصباغ ان صبغته بعصفر فبدرهم وان صبغته بزعفران فبدرهمين وكذا اذا خيره بين شيئين بان قال آجرتك هذه الدار شهرا بخمسة أو هذه الدار الاخرى بعشرة وكذا اذا خيره بين مسافتين مختلفتين بان قال آجرتك هذه الدابة الى الكوفة بكذا أو الى واسط بكذا وكذا اذا خيره بين ثلاثة أشياء وان خيره بين أربعة أشياء لم يجز والمعتبر في جميع ذلك البيع والجامع دفع الحاجة غير أنه لابد من اشتراط الخيار في البيع وفي الاجارة لا يشترط ذلك لان الاجر انما يجب بالعمل وعند ذلك يصير المعقود عليه معلوما وفي البيع يجب الثمن بنفس العقد فتتحقق الجهالة على وجه لا ترتفع المنازعة الا باثبات الخيار (ولو قال ان خطته اليوم فبدرهم وان خطته غدا فبنصف درهم فان خاطه اليوم فله درهم وان خاطه غدا فله أجر مثله عند أبي حنيفة لا يجاوز به نصف درهم وفي الجامع الصغير لا ينقص من نصف درهم ولا يزاد على درهم

محذور قط اذ لا تنافي بين ما ذكر هنا وما ذكر فيما مر ولا تعارض فلا مانع عن كون هذا وذاك معادليلا على الحكم

(باب الاجارة على أحد الشرطين)

لما فرغ من ذكر الاجارة على شرط واحد ذكر في هذا الباب الاجارة على أحد الشرطين لان الواحد قبل الاثنين (قوله غير أنه لابد من اشتراط الخيار في البيع وفي الاجارة لا يشترط ذلك الى قوله فتتحقق الجهالة على وجه لا ترتفع المنازعة الا باثبات الخيار) استشكل صاحب التسهيل هذا الفرق حيث قال أقول الجهالة التي في طرف الاجرة ترتفع كما ذكروا وأما الجهالة التي في طرف العين المستأجرة في نحو قوله آجرتك هذه الدار سنة بخمسة أو هذه الدار بعشرة فهي ثابتة وهي تفضي الى النزاع في تسليم العين وتسلمه اذ المستأجر يريد هذا والمؤجر يدفع الآخر فيتحقق النزاع فينبغي أن لا تصح بدون شرط خيار التعيين انتهى كلامه وأجاب عنه بعض العلماء حيث قال بعد ذكر ذلك الاستشكال في صورة أن يكون من عند نفسه ويمكن الجواب بان يقال ان الثمن يجب في باب البيع بمجرد العقد فلا ترتفع الجهالة المفضية الى النزاع حين وجوب الثمن الا باثبات الخيار والاجرة في باب الاجارة لا تجب بمجرد العقد بل بالعمل وعند وجود العمل ترتفع الجهالة لا محالة فلا حاجة الى اثبات الخيار الى هنا كلامه (أقول) ليس هذا الجواب بشئ اذ ليس فيه شئ زائد على ما ذكروا في الفرق ههنا والاشكال المزبور انما يتجه بعد ذلك فان الجهالة التي في طرف العين المستأجرة تفضي الى النزاع في تسليم العين

منفعته والمنفعة سليمة وانما الخرق في العمل الذي هو تسليم المنفعة وذلك غير معقود عليه فلم يكن مضمونا عليه الا اذا تعمد الفساد فيضمن بالتعدي كالمودع اذا تعدى وعلى هذا أجير القصار وسائر الصناع اذا استؤجر والم يضمنوا الا من استأجرهم الا بما تعدوا فيه ويضمن الاستاذ لان التلميذ أجير وحد ولا يرجع الاستاذ على التلميذ بما ضمن لانه أجير خاص كذا في الايضاح

(باب الاجارة على أحد الشرطين)

(قوله وكذا اذا خيره بين ثلاثة أشياء) بان قال آجرتك هذه الدابة الى الكوفة بكذا أو الى بغداد أو الى واسط بكذا وكذا هذا في أنواع الخياطة والصبغ والزراعة بان قال للمزارع ان زرعتها بغير كراب فلثر بع الخارج وان زرعتها بكراب فلك ثلثه وان زرعتها بكرابين فلك نصفه وأى ذلك عمل فله شرطه كذا ذكره الامام التمرتاشي رحمه الله والمعتبر في جميع ذلك البيع فانه اذا اشترى ثوبين على أن يأخذ أيهما شاء ويكون الخيار للمشتري جاز وكذا اذا خيره بين ثلاثة أثواب ولا يجوز في الاربعة فكذا في الاجارة والجامع بينهما دفع الحاجة وهي تندفع بالثلاثة لاشتمالها على الجيد والوسط والردىء ولا حاجة الى الاربعة لاندفاعها بما دونها (قوله غير أنه لابد من اشتراط الخيار في البيع) يعني انما يفارق عقد الاجارة البيع من حيث اعتبار شرط

(باب الاجارة على أحد الشرطين)

لان الواحد قبل الاثنين قال (واذا قال للخياط الخ) اذا قال الرجل للخياط ان خطت هذا الثوب فارسيا فلك درهم وان خطته روميا فلك درهمان جاز بالاتفاق وأى العملين عمل استحق الاجر المسمى له وكذلك اذا كان الترديد بين الصبغين أو الدارين أو الدابتين أو مسافتين وكذلك اذا كان بين ثلاثة أشياء اما اذا كان بين أربعة أشياء فلم يجز والمعتبر في جميع ذلك البيع والجامع دفع الحاجة غير أنه لابد من اشتراط الخيار في البيع وفي الاجارة لا يشترط ذلك لان الاجر انما يجب بالعمل وعند ذلك يصير المعقود عليه معلوما وفي البيع يجب الثمن بنفس العقد فتتحقق الجهالة ولا ترتفع المنازعة الا باثبات الخيار واذا قال ان خطته اليوم فبدرهم وان خطته غدا فبنصف درهم قال أبو حنيفة الشرط الاول جائز والثاني فاسد فان خاطه اليوم فله درهم وان خاطه غدا فله أجر مثله

(باب الاجارة على أحد الشرطين)

(قوله اذا قال رجل للخياط ان خطت هذا الثوب) أقول فان قيل أليس هذا تعليقا والاجارة لا تقبله قلنا ليس هذا تعليقا لعقد الاجارة بامر آخر كان يقول ان جاء زيد فقد آجرتك داري هكذا وهو الذي لا يقبله العقد أما ذكر العقد بصيغة التعليق فلا مانع منه (قوله غير أنه لابد من اشتراط الخيار في البيع) أقول يعني خيار التعيين

وقال

وقال أبو يوسف ومحمد الشرطان جائزان ففي أيهما خاط استحق المسمى فيه وقال زفر الشرطان فاسدان لان العمل الواحد قوبل ببدلين على البدل وذلك يفضي الى الجهالة المفضية الى النزاع وبيان ذلك ما ذكره أن ذكر اليوم للتعجيل لا للتوقيت لانه حال افراد العقد في اليوم بقوله خطه اليوم بدرهم كان للتعجيل لا للتوقيت حتى لو خاطه في الغد استحق الاجر فكذا ههنا وذكر الغد للترفيه لانه حال افراد العقد في الغد بقوله خطه غدا بنصف درهم كان للترفيه فكذا ههنا اذ ليس لتعداد الشرط أثر في تغييره فيجتمع في كل يوم تسميتان أما في اليوم فلان ذكر الغد اذا كان للترفيه كان العقد المضاف الى غد ثابتا اليوم مع عقد اليوم وأما في الغد فلان العقد المنعقد في اليوم باق لان ذكر اليوم للتعجيل فيجتمع مع المضاف الى غد واذا اجتمع في كل واحد منهما تسميتان لزم مقابلة العمل الواحد ببدلين على البدل فصار كانه قال خطه بدرهم أو بنصف درهم وهو باطل لكون الاجر مجهولا والجواب أن الجهالة تزول بوقوع العمل فانه يتعين الاجر اللازم عند العمل كما تقدم ولهما أن ذكر اليوم للتوقيت لانه حقيقته فكان قوله ان خطته اليوم فبدرهم مقتصرا على اليوم فبانقضاء اليوم لا يبقى العقد الى الغد بل ينقضي بانقضاء الوقت وذكر الغد للتعليق أي للاضافة لان الاجارة لا تقبل التعليق لكن تقبل الاضافة الى وقت في المستقبل فتكون مرادة لكونها حقيقة واذا كان للاضافة لم يكن العقد ثابتا في الحال فلا يجتمع في كل يوم تسميتان (قوله ولان التعجيل والتأخير مقصود) دليل آخر لهما ومعناه أن المعقود عليه واحد وهو العمل ولكن بصفة خاصة فيكون مراده التعجيل لبعض أغراضه في اليوم من التجمل والبيع بزيادة فائدة فيفوت ذلك ويكون التأجيل مقصودا فصار باختلاف الغرض كالنوعين من العمل كما في الخياطة الفارسية والرومية

وقال أبو يوسف ومحمد الشرطان جائزان) قال زفر الشرطان فاسدان لان الخياطة شيء واحد وقد ذكر بمقابلته بدلان على البدل فيكون مجهولا وهذا لان ذكر اليوم للتعجيل وذكر الغد للترفيه فيجتمع في كل يوم تسميتان ولهما أن ذكر اليوم للتأقيت وذكر الغد للتعليق فلا يجتمع في كل يوم تسميتان ولان التعجيل والتأخير مقصود فنزل منزلة اختلاف النوعين

وتسلمها فلا يبقى المجال للعمل نفسه اذ العمل في نحو استئجار الدار انما يتصور بعد تحقق تسليم العين المستأجرة وتسلمها وعند النزاع لا يتحقق ذلك فلا يفيد القول بان الجهالة ترتفع عند وجود العمل كما لا يخفى فليتأمل في دفع أصل الاشكال (قوله وقال زفر الشرطان فاسدان لان الخياطة شيء واحد وقد ذكر بمقابلته بدلان على البدل فيكون مجهولا وهذا لان ذكر اليوم للتعجيل وذكر الغد للترفيه فيجتمع في كل يوم تسميتان) بيان ذلك ان ذكر اليوم للتعجيل لا للتوقيت لانه حال افراد العقد في اليوم بان قال خطه اليوم بدرهم كان للتعجيل لا للتوقيت حتى لو خاطه في الغد استحق الاجر فكذا ههنا وذكر الغد للترفيه لانه حال افراد العقد في الغد بان قال خطه غدا بنصف درهم كان للترفيه فكذا ههنا اذ ليس لتعداد الشرط أثر في تغييره فيجتمع في كل يوم تسميتان أما في اليوم فلان ذكر الغد اذا كان للترفيه كان العقد المضاف الى غد ثابتا اليوم مع عقد اليوم وأما في الغد ولان العقد المنعقد في اليوم باق لان ذكر اليوم للتعجيل فيجتمع مع المضاف الى غد واذا اجتمع في كل واحد منهما تسميتان لزم مقابلة العمل الواحد ببدلين على سبيل البدل فصار كانه قال خطه بدرهم أو نصف درهم وهو باطل لكون الاجر مجهولا وذلك يفضي الى النزاع كذا في الشروح والكافي قال صاحب العناية بعد ذلك البيان والجواب أن الجهالة تزول بوقوع العمل فانه يتعين الاجر اللازم عند العمل كما تقدم اهـ (أقول) فيه نظر لان زوال الجهالة بوقوع العمل انما يتصور اذا لم يجتمع في كل يوم تسميتان ومدار دليل زفر على اجتماعهما في كل يوم كما تبين من قبل فحينئذ لا تزول الجهالة قطعا لان العمل المشروط أمر واحد ففي أي يوم يقع يلزم أن يكون في مقابلته بدلان على سبيل البدل فالوجه في الجواب عن دليل زفر منع لزوم اجتماع التسميتين في كل يوم كما سيفهم من تقرير دليل سائر الائمة ولهذا لم يتعرض المصنف للجواب عنه صريحا (قوله ولهما أن ذكر اليوم للتأقيت وذكر الغد للتعليق فلا يجتمع في كل يوم تسميتان) قال بعض العلماء بعد نقل

الخيار فانه اذا باع أحد العبدين لم يصح الا بشرط الخيار أي خيار التعيين وجوزوا عقد الاجارة في أحد المنفعتين من غير شرط الخيار لان الاجرة لا تجب بالعقد وانما تجب بالعمل فاذا أخذ باحد العملين صار معلوما (قوله وهذا لان ذكر اليوم للتعجيل وذكر الغد للترفيه فيجتمع في كل يوم تسميتان) بيانه لو أفرد العقد على اليوم كان ذكر اليوم للاستعجال لا للتوقيت العقد به حتى لو خاطه في الغد استحق الاجرة وكذا لو أفرد العقد

(قوله والجواب أن الجهالة تزول بوقوع العمل) أقول فيه بحث اذ لا تزول الجهالة بوقوع العمل فيما نحن فيه لاجتماع التسميتين في كل يوم فالاولى هو التعرض لمقدمات دليله ومنع اجتماعهما في كل يوم (قوله كما تقدم) أقول آنفا (قوله فتكون مرادة لكونها حقيقة) أقول فيه شيء بل حقيقته التعليق لكان أن وجوابه ظاهر فانه قال ذكر الغد للاضافة وهي حقيقة ودخول أن بعد التقييد بالغد (قوله فيكون مراده التعجيل) أقول لا يقال هذا ينافي ما قاله آنفا من أن ذكر اليوم للتأقيت لانه ليس معنى كلامه أن التعجيل معنى مراد بذكر اليوم بل انه لازم من لوازم معناه فتامل ويجوز أن يحمل الكلام على الالزام

(ولابى حنيفة أن ذكر الغد للتعليق حقيقة) أى للاضافة و يجوز أن يقال عبر عن الاضافة بالتعليق اشارة الى أن النصف فى الغد ليس بتسمية جديدة لان التسمية الاولى باقية وانما هو حط النصف الآخر بالتاخير ويكون معناه ذكر الغد للتعليق أى لتعليق الحط بالتاخير وهو يقبل التاخير واذا كانت الحقيقة تمكن العمل

به لا يجوز المصير الى المجاز واذا كان للاضافة لا تجتمع تسميتان فى اليوم

ولابى حنيفة أن ذكر الغد للتعليق حقيقة

دليلهما هذا عن الهداية وفيه كلام وهو أن الامامين جعلا اليوم فى مسئلة أن يستاجر ليخبز له اليوم كذا بكذا للتعجيل هربا عن بطلان الحمل على التوقيت فكيف يلتزمان الامر الباطل ههنا اه (أقول) هذا الكلام ظاهر الاندفاع لان الامامين انما جعلا اليوم ههنا على التوقيت لكون التوقيت حقيقته وعدم تحقق الصارف عنها الى المجاز عندهما كما صرح به فى الكافى والشروح وانما جعلا اليوم فى مسئلة الخبز للتعجيل لتحقق الصارف عن الحقيقة الى المجاز هنالك وهو يصحح العقد فان الاصل تصحيح تصرف العاقل ما أمكن وانما أمكن هنالك بجعل اليوم للتعجيل فلا منافاة بين المقامين على أصلهما ولقد أفصح عما ذكرنا تاج الشريعة حيث قال فان قلت قد جعلا ذكر اليوم فى مسئلة خبز المخاتيم للتعجيل فمالهما لم يجعلا كذلك ههنا قلت هنالك حملا على المجاز تصحيحا للعقد وههنا حملا على الحقيقة للتصحيح أيضا اذ لو عكس الامر فى الفصلين يلزم ابطال ماقصد العاقدان من صحة العقد والاصل تصحيح تصرف العاقل ما أمكن اه كلامه (قوله ولابى حنيفة ان ذكر الغد للتعليق حقيقة) ومراده بالتعليق الاضافة أى للاضافة حقيقة لان الاجارة لا تقبل التعليق ولكن تقبل الاضافة الى وقت فى المستقبل فتكون مراده كذا رأى عامة الشراح حتى قال بعضهم ولهذا ذكر فى بعض النسخ ذكر الغد للاضافة وقال صاحب العناية بعد تفسير التعليق هنا بالاضافة و يجوز أن يقال عبر عن الاضافة بالتعليق اشارة الى أن النصف فى الغد ليس بتسمية جديدة لان التسمية الاولى باقية وانما هو حط النصف الآخر بالتاخير فيكون معناه ذكر الغد للتعليق أى لتعليق الحط بالتاخير وهو يقبل التاخير الى هنا

على الغد بان قال خط غدا بنصف درهم كان ذكر الغد للترفيه حتى لو خاطه اليوم يستحق نصف درهم فاعتبر حالة الاجتماع بحالة الانفراد فيجتمع فى كل يوم تسميتان على سبيل البدل فيجب أحدهما وهى مجهولة فيفسد ولهما ان ذكر اليوم للتوقيت وذكر الغد للتعليق لان الغد كما يذكر للترفيه يذكر للاضافة والتعليق بل للاضافة حقيقة وللترفيه مجاز والكلام للحقيقة حتى يقوم دليل المجاز كيف وقد قام الدليل على ارادة الحقيقة هنا فانه لو أريد بذكر الغد الترفيه يفسد العقد فى اليوم لاجتماع تسميتين فيه كما قاله زفر رحمه الله وكذا لو لم يحمل ذكر اليوم على التوقيت يفسد العقد فى الغد لاجتماع تسميتين فكان حمل اليوم على التأقيت والغد على التعليق اعمالا للحقيقة وتحريا لجواز العقدين ولا يلزم على هذا حمل اليوم على الاستعجال فى قوله اخبز هذه العشرة المخاتيم اليوم بدرهم لان حمله على الاستعجال ثمة تحريا للجواز أيضا فانه لو حملناه على التوقيت يفسد العقد لانه حينئذ يصير المعقود عليه أحد الامرين أما تسليم النفس باعتبار الوقت أو العمل بذكر العمل ولان التعجيل والتأخير مقصودان مختلفان فنزل منزلة اختلاف نوعى العمل ولابى حنيفة رحمه الله ان ذكر الغد للتعليق حقيقة ولا يمكن حمل اليوم على حقيقته وهو التأقيت لقيام الدليل على ارادة المجاز اذ فى حمله على التاقيت فساد العقد لاجتماع العمل والوقت فحمل ذكر اليوم على التعجيل لا يقال ان أبا حنيفة رحمه الله ينبغى له أن يجعل ذكر اليوم للتأقيت هنا وان كان فيه فساد العقد كما فى قوله اخبز هذه العشرة المخاتيم بدرهم حيث جعل ذكر اليوم للتأقيت حتى قال بفساده لانا نقول ذكر اليوم هنا للتعجيل بقرينة وهى ان مقصوده العمل بدليل التزام الاجر بمقابلة العمل فى الغد ولم توجد تلك القرينة فى تلك المسئلة ولان زيادة الاجر بسبب التعجيل والنقصان بسبب التأخير بيان عنه ان ذكر اليوم للاستعجال لا للتوقيت اذ لو كان للتوقيت لما زاد الاجر للتعجيل ولو كان ذكر الغد للترفيه لما نقص عن الاجر فيه فصار ذكر الغد للاضافة واليوم

قال المصنف (ولابى حنيفة ان ذكر الغد للتعليق حقيقة ولا يمكن حمل اليوم على التاقيت) أقول قيل اذا تاملت فى كلام الهداية أعنى قوله ولا يمكن حمل اليوم على التاقيت لان فيه فساد العقد لاجتماع الوقت والعمل ظهر لك ضعف ماذكره صاحب العناية فان صاحب الهداية يجعل مناط امتناع حمل اليوم على حقيقته أعنى التوقيت لزوم فساد العقد ومنه يفهم أنه حمل على مجازه لهذا المناط اذ القرينة المانعة عن ارادة الحقيقة فى صورة تعين المجاز كافية فى الحمل على المجاز على ماعرف نعم لو جعل المناط من أول الامر ماذكره صاحب الكافى حيث قال لانه زاد له فى الاجر متى خاط فى اليوم ونقص متى أخر وهو دليل أن اليوم للتعجيل لا للتوقيت لاستقام الكلام من غير ريب ولكن على ماذكره فى الهداية الفرق مشكل على مالا يخفى وثبوت الفرق من وجه آخر لا يفيده فتأمل وفى كتاب الصرف فى مسئلة بيع السيف المحلى تفصيل متعلق بالمقام خصوصا فى شرح ابن الهمام (قوله لان التسمية الاولى باقية وانما هو حط النصف الآخر الخ) أقول فتأمل كيف اجتمع حينئذ فى الغد التسميتان حتى يفسد (قوله وهو يقبل التاخير) أقول كان الظاهر أن يقول وهو يقبل التعليق كما لا يخفى لكنه ليس كذلك لما فيه من شبهة القمار على مامر مرارا

ولا

(ولا يمكن حمل اليوم على حقيقته التى هى التأقيت لان فيه فساد العقد لاجتماع الوقت والعمل (فانا اذا نظرنا الى ذكر العمل كان الاجير مشتركا واذا نظرنا الى ذكر اليوم كان أجيروحد وهما متنافيان لتنافى لوازمهما فان ذكر العمل يوجب عدم وجوب الاجرة مالم يعمل وذكر الوقت يوجب وجوبها عند تسليم النفس فى المدة وتنافى اللوازم يدل على تنافى الملزومات ولذلك عدلنا عن الحقيقة التى هى التأقيت الى المجاز الذى هو التعجيل (وحينئذ تجتمع فى الغد تسميتان دون اليوم فيصح الاول ويجب المسمى ويفسد الثانى ويجب أجر المثل) ولقائل أن يقول فى جعل اليوم للتعجيل صحة الاجارة الاولى وفساد الثانية وفى جعله للتوقيت فساد الاولى

وصحة الثانية ولا رجحان لاحدهما على الآخر فكان تحكما والجواب ان فساد الاجارة الثانية يلزم فى ضمن صحة الاولى والضمنيات غير معتبرة واستشكل على قول أبى حنيفة بمسألة الخاتم فانه جعل فيها ذكر اليوم للتأقيت وأفسد العقد وههنا للتعجيل وصححه وأجيب بما ذكرنا أن ذكر اليوم للتأقيت حقيقة لا يترك اذا لم يمنع عن ذلك مانع كما نحن فيه فان الحمل على الحقيقة مفسد للعقد فمنعنا ذلك عن الحمل عليه وقام الدليل على المجاز وهو نقصان الاجر للتأخير بخلاف حالة الانفراد فانه لا دليل ثمة على المجاز فكان التأقيت مرادا وفسد العقد ورد بان دليل المجاز قائم ثمة وهو تصحيح العقد على تقدير التعجيل فيكون مرادا نظرا الى ظاهر الحال والجواب أن الجواز بظاهر الحال فى حيز النزاع فلا بد من دليل زائد على ذلك وليس بموجود بخلاف ما نحن فيه فان نقصان الاجر دليل زائد على الجواز بظاهر الحال وبما ذكرنا علم أن قياس زمن حالة الاجتماع بحالة الانفراد فاسد لوجود الفارق واذا وجب أجر المثل فقد اختلفت الرواية عن أبى حنيفة اذا خاطه فى اليوم الثانى روى عنه أن له فى اليوم الثانى أجر مثله

ولا يمكن حمل اليوم على التأقيت لان فيه فساد العقد لاجتماع الوقت والعمل واذا كان كذلك يجتمع فى الغد تسميتان دون اليوم فيصح اليوم الاول ويجب المسمى ويفسد الثانى ويجب أجر المثل

كلامه (أقول) فيه بحث اذ لو لم يكن النصف فى الغد تسمية جديدة بل كان ذكر الغد لمجرد تعليق حط النصف الآخر بالتأخير لما صح قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى يجتمع فى الغد تسميتان دون اليوم فيصح الاول ويفسد الثانى اذ على ذلك التقدير لا يكون فى الغد الا تسمية واحدة هى التسمية الاولى ولكن يحط نصف المسمى بالتأخير فتجويز ذلك المعنى ههنا افساد لدليل أبى حنيفة بل لمدعاه أيضا فكأنه انما اغتر بما ذكره صاحب غاية البيان فانه قال فى شرح قول المصنف وذكر الغد للتعليق أثناء تقرير دليل الامامين المراد من التعليق الاضافة لان تعليق الاجارة لا يجوز وقال أو نقول المراد به تعليق حط النصف بالتأخير الى الغد وذلك جائز لا تعليق الاجارة اه ولكن لا يخفى على الفطن أن تجويز ذلك المعنى أثناء تقرير دليل الامامين لا يستلزم محذورا يستلزمه تجويزه أثناء تقرير دليل أبى حنيفة فانهما يقولان لا يجتمع فى كل يوم تسميتان فلا ينافيه تجويز ذلك بخلاف قول أبى حنيفة كما عرفت (قوله ولا يمكن حمل اليوم على التأقيت لان فيه فساد العقد لاجتماع الوقت والعمل) فانا اذا نظرنا الى ذكر العمل كان الاجير مشتركا واذا نظرنا الى ذكر اليوم كان أجير وحد وهما متنافيان لتنافى لوازمهما فان ذكر العمل يوجب عدم وجوب الاجرة مالم يعمل وذكر الوقت يوجب وجوبها عند تسليم النفس فى المدة وتنافى اللوازم يدل على تنافى الملزومات ولذلك عدلنا عن الحقيقة التى هى التأقيت الى المجاز الذى هو التعجيل كذا فى العناية وغيرها (أقول) يشكل هذا بمسألة الراعى فانه يجتمع فيها العمل والوقت وتصح الاجارة بالاتفاق ولا يحمل الوقت على غير معناه الحقيقى فى قول أحد بل يعتبر الاجير أجيرا مشتركا ان وقع ذكر العمل أولا وأجير وحد ان وقع ذكر المدة أولا صرح بذلك فى عامة المعتبرات سيما فى الذخيرة والمحيط البرهانى قال صاحب الكافى وفى المسألة اشكال هائل على قول أبى حنيفة رحمه الله فانه جعل ذكر اليوم للتعجيل هنا حتى أجاز العقد وفى مسألة الخاتم جعل ذكر اليوم للتأقيت فأفسد العقد على ما سبق تقريره والجواب أن ذكر اليوم حقيقة للتوقيت فيحمل عليه حتى يقوم الدليل على المجاز وهنا قام الدليل على المجاز وهو نقصان الاجر بسبب التأخير فعدلنا عن الحقيقة وصرنا الى المجاز وثمة لم يقم مثل هذا الدليل ثمة فكان التوقيت مرادا ففسد العقد اه كلامه وزاد عليه تاج الشريعة سؤالا وجوابا فلخصهما صاحب العناية فقال بعد ذكر ذلك الاشكال والجواب ورد بان دليل المجاز

للتعجيل والمضاف الى الغد لا يثبت فى اليوم فلم يجتمع فى اليوم تسميتان والمضاف الى اليوم يبقى الى الغد فيجتمع فيه تسميتان وما قالاه أنه حمل اليوم على التوقيت هنا لتصح الاجارة فى الغد فاجاب أبو حنيفة رحمه الله أنه متى حمل على التأقيت يفسد فى اليوم لانه حينئذ يصير المعقود عليه مجهولا وجواز العقد انما يثبت بدلالة الحال اذا لم يكن المفسد منصوصا والتأقيت مع ذكر العمل منصوص عليه وهو مفسد ولا اعتبار للدلالة مع النص المفسد وفى

(قوله وقام الدليل على المجاز وهو نقصان الاجر للتأخير) أقول ولا بد لابى حنيفة من بيان دليل المجاز فيما اذا قيل خطه اليوم بدرهم حيث حمل ذكر اليوم على التعجيل ويجوز أن يقال الدليل عليه صيغة الامر فانها تدل على كون الخياطة مطلوبة ولا يكون ذكر اليوم للتأقيت وفيه تأمل (قوله بخلاف ما نحن فيه فان نقصان الاجر دليل) أقول يعنى دليل على المجاز (قوله زائد على الجواز بظاهر الحال) أقول قوله على الجواز متعلق بقوله زائد

لايجاوز به نصف درهم لانه هو المسمى فى اليوم الثانى قال القدورى رحمه الله هى الصحيحة (وفى الجامع الصغير لا يزاد على درهم ولا ينقص من نصف درهم لان التسمية الاولى لاتنعدم فى اليوم الثانى فتعتبر لمنع الزيادة وتعتبر التسمية الثانية لمنع النقصان فان خاطه فى اليوم الثالث لايجاوز به نصف درهم عند أبى حنيفة هو الصحيح لانه اذالم يرض بالتأخير الى الغد فبالزيادة عليه الى ما بعد الغد أولى) وأما عندهما فالصحيح أنه ينقص من نصف درهم ولا يزاد عليه قال (ولو قال ان سكنت فى هذا الدكان عطارا فبدرهم الخ) ولو قال ان سكنت فى هذا الدكان عطارا فبدرهم وان سكنته حدادا فبدرهمين وكذا ان استأجر بيتا فقال ان سكنت فيه عطارا فبدرهم وان سكنت فيه حدادا فبدرهمين ولو استأجر دابة الى الحيرة على انه ان حمل عليها كر شعير فبنصف درهم وان حمل عليها كر حنطة فبدرهم فذلك كله جائز عند أبى حنيفة خلافا لهما وان استأجرها الى الحيرة بدرهم فان جاوزبها الى القادسية فبدرهمين فهو جائز ويحتمل الخلاف وانما قال ذلك لان هذه المسئلة ذكرت فى الجامع الصغير مطلقا فيحتمل أن يكون هذا قول الكل ويحتمل أن يكون قول أبى حنيفة خاصة كما فى نظائرها وجه قولهما أن المعقود عليه أحد الشيئين وكذلك الاجر أحد الشيئين وهو مجهول والجهالة الواحدة توجب الفساد فكيف الجهالتان فان قيل مسئلة الخياطة الرومية والفارسية فيها جهالة المعقود عليه فكانت صحة أجاب بقوله بخلاف الخياطة الرومية والفارسية لان الاجرثمة يجب بالعمل وعنده وان ترتفع الجهالة أما فى هذه المسائل فالاجر يجب بالتخلية فى الدار والدكان والتسليم فى العبد فتبقى الجهالة وهذا الحرف أى قوله يجب الاجر بالتخلية

لايجاوز به نصف درهم لانه هو المسمى فى اليوم الثانى وفى الجامع الصغير لا يزاد على درهم ولا ينقص من نصف درهم لان التسمية الاولى لاتنعدم فى اليوم الثانى فتعتبر لمنع الزيادة وتعتبر التسمية الثانية لمنع النقصان فان خاطه فى اليوم الثالث لايجاوز به نصف درهم عند أبى حنيفة رحمه الله هو الصحيح لانه اذالم يرض بالتأخير الى الغد فبالزيادة عليه الى ما بعد الغد أولى (ولو قال ان سكنت فى هذا الدكان عطارا فبدرهم فى الشهر

قائم ثمة وهو تصحيح العقد على تقدير التعجيل فيكون مرادا نظرا الى ظاهر الحال والجواب ان الجواز بظاهر الحال فى حيز النزاع فلابد من دليل زائد على ذلك وليس بموجود بخلاف ما نحن فيه فان نقصان الاجر دليل زائد على الجواز بظاهر الحال اه (أقول) يشكل الجواب المذكور عن ذلك الاشكال بمسئلة أخرى مذكورة فى المحيط البرهانى وهى ما قال فيه ولو قال ان خطته اليوم فلك درهم وان خطته غدا فلا أجر لك قال محمد فى الامالى ان خاطه فى اليوم الاول فله درهم وان خاطه فى اليوم الثانى فله أجر مثله لا يزاد على درهم فى قولهم جميعا لان اسقاط الاجر فى اليوم الثانى لا ينفى وجوبه فى اليوم الاول ونفى التسمية فى اليوم الثانى لا ينفى أصل العقد فكان فى اليوم الثانى عقد الاتسمية فيه فيجب أجر المثل اه لفظ المحيط فان أبا حنيفة رحمه الله لم يفسد العقد فى اليوم الاول فى هاتيك المسئلة كما أفسده فى حالة الانفراد مع انه لم يقم فيها دليل على المجاز كما قام دليل عليه فيما نحن فيه اذ لاشك أن قوله ان خطته غدا فلا أجر لك لا يكون دليلا على عدم ارادة ما كان ذكر اليوم حقيقة فيه وهو التوقيت بل يكون دليلا على ارادة حقيقة ذلك اذ لو لم يكن مراده التوقيت لما نفى الاجر بالكلية فى الغد واذا كان التوقيت مرادا بذكر اليوم فى تلك الصورة يشكل الفرق بينها وبين مسئلة الخاتيم جدا على قول أبى حنيفة فليتأمل واستشكل الجواب المذكور بعض الفضلاء بوجه آخر حيث قال ولابد لابى حنيفة من بيان دليل المجاز فيما اذا قيل خطه اليوم بدرهم حيث حمل ذكر اليوم على التعجيل وقال ويجوز أن يكون الدليل عليه صيغة الامر فانها تدل على كون الخياطة مطلوبة فلا يكون ذكر اليوم للتأقيت وقال وفيه تأمل اه (أقول) لايتوجه هذا الاستشكال رأسا اذ لا نسلم ان أبا حنيفة حمل ذكر اليوم على التعجيل فى الصورة المزبورة بل الظاهر أنه على أصله هنالك أيضا من أن الجمع بين ذكر الوقت وذكر العمل مفسد للعقد حالة الانفراد وانى تتبعت عامة المعتبرات ولم أجد فى شئ منها ما يدل على صحة العقد فى الصورة المزبورة عند أبى حنيفة بل وجدت فى بعض منها التصريح بعدم صحة العقد فى تلك الصورة فان الامام الزاهدى قال فى شرحه لمختصر القدورى نقلا عن شرح الاقطع ولو قال خط هذا الثوب اليوم ولك درهم لم يصح لجهالة المعقود عليه أنه المدة أو العمل اه نعم قد قيل فى الكافى وكثير من الشروح فى أثناء بيان دليل زفر فى المسئلة التى نحن بصددها توضيحا لقوله ان ذكر اليوم للتعجيل لا للتوقيت ولهذا لو أفرد العقد فى اليوم بان قال خطه اليوم بدرهم كان للتعجيل لا للتوقيت حتى لو خاطه فى الغد استحق الاجر كذا ههنا اه لكن الظاهر ان ذلك القياس المذكور فى دليل زفر انما ينتهض حجة على الامامين فانهما يقولان بالتعجيل حالة الانفراد لا على أبى حنيفة رحمه الله فتدبر (قوله وفى الجامع الصغير لا يزاد على درهم ولا ينتقص من نصف درهم لان التسمية الاولى لاتنعدم فى اليوم الثانى فتعتبر لمنع الزيادة وتعتبر التسمية الثانية لمنع النقصان) أقول فيه نظر اذ قد تقرر فى أول باب

حالة اجتماع العقدين تركنا اعتبار ذكر اليوم الموجب للفساد لقرينة زائدة على ما مر (قوله وفى الجامع الصغير لا يزاد على درهم ولا ينقص من نصف درهم) وهذا يدل على أنه قد يزاد على نصف درهم وروى عن

(قوله وفى الجامع الصغير لا يزاد على درهم ولا ينقص من نصف درهم) أقول لا يقال كان الواجب فى جهالة المسمى أجر المثل بالغا ما بلغ للفرق الظاهر بين الجهالتين فان هنا بعض التعيين بل كل التعيين بالنظر الى لفظ المؤجر (قوله والتسليم فى العبد) أقول فيه شئ وكان الظاهر

وان سكنته حدادا فبدرهمين جاز وأى الامرين فعل استحق الاجر المسمى فيه عند أبي حنيفة وقالا الاجارة فاسدة وكذا ان استأجر بيتا على انه ان سكن فيه عطارا فبدرهم وان سكن فيه حدادا فبدرهمين فهو جائز عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا يجوز ومن استأجر دابة الى الحيرة بدرهم وان جاوز بها الى القادسية فبدرهمين فهو جائز ويحتمل الخلاف وان استأجرها الى الحيرة على انه ان حمل عليها كر شعير فبنصف درهم وان حمل عليها كر حنطة فبدرهم فهو جائز في قول أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا يجوز) وجه قولهما أن المعقود عليه مجهول وكذا الاجر أحد الشيئين وهو مجهول والجهالة توجب الفساد بخلاف الخياطة الرومية والفارسية لان الاجر يجب بالعمل وعنده ترتفع الجهالة أما في هذه المسائل يجب الاجر بالتخلية والتسليم فتبقى الجهالة وهذا الحرف هو الاصل عندهما ولابي حنيفة أنه خيره بين عقدين صحيحين مختلفين فيصح كما في مسئلة الرومية والفارسية وهذا لان سكناه بنفسه يخالف اسكانه الحداد ألا ترى أنه لا يدخل ذلك في مطلق العقد وكذا في

الاجارة الفاسدة أن التسمية في الاجارة الفاسدة تمنع الزيادة عندنا ولا تمنع النقصان أصلا بل يجب أجر المثل وان نقص عن المسمى فما معنى أن تعتبر التسمية الثانية ههنا لمنع النقصان وهلا هذا مخالفا لما تقرر (قوله أما في هذه المسائل يجب الاجر بالتخلية والتسليم فتبقى الجهالة وهذا الحرف هو الاصل عندهما) قال صاحب التسهيل يرد على أصلهما مسئلة التخيير بين مسافتين مختلفتين فان الاجر يجب بالتسليم من غير عمل فيلزم أن يفسد عقد الاجارة ثمة عندهما مع أنه جائز عند أصحابنا وفاقا الا عند زفر انتهى كلامه (أقول) يمكن أن يجاب عنه بان الاجر وان وجب في الصورة المذكورة بالتسليم من غير عمل الا أنه لا يجب بمجرد التسليم والتخلية بل لا بد في وجوبه من قطع المسافة المعينة في ذلك العقد فانهم صرحوا بانه اذا استأجر دابة الى الكوفة فسلمها المؤجر وأمسكها المستأجر ببغداد حتى مضت مدة يمكنه المسير فيها الى الكوفة فلا أجر عليه وان ساقها معه الى الكوفة فلم يركبها وجبت الاجرة انتهى ففي مسئلة التخيير بين مسافتين مختلفتين ترتفع الجهالة بقطع مسافة من تينك المسافتين بخلاف ما نحن فيه على أصلهما (قوله ولو احتيج الى الايجاب بمجرد التسليم يجب أقل الاجرين للتيقن به) يعني ولو احتيج الى ايجاب الاجر بمجرد التخلية والتسليم بان يسلم العين المستأجرة الى المستأجر ولم ينتفع به قط حتى تعلم المنفعة يجب أقل الاجرين اللذين سميا في العقد للتيقن به (أقول) لقائل أن يقول لو جاز الاخذ بالاقل في دفع الجهالة الواقعة في باب الاجارة بناء على كونه متيقنا لصحت الاجارة فيما اذا سمى لعمل معين أو لمنفعة معينة أجرين متغايرين على سبيل البدل كأن قال خط هذا الثوب بدرهم أو بنصف درهم أو قال اسكن في هذا البيت بدرهم أو بنصف درهم ووجب أقل الاجرين اللذين سماهما ولم يقل به أحد

أبي يوسف وعن أبي حنيفة رحمهما الله أنه لا يزاد على نصف درهم وينقص عن نصف درهم فحصل عن أبي حنيفة رحمه الله روايتان ووجه هذه الرواية ان الواجب في الاجارة الفاسدة أجر المثل لا يزاد على المسمى والمسمى في اليوم الثاني نصف درهم فاما الدرهم فهو مسمى في اليوم الاول ولا يقال ان التسمية الاولى باقية في اليوم الثاني لان اعتبار المصرح أولى من غيره والمصرح نصف درهم لا الدرهم ووجه ظاهر الرواية أنه اجتمع في الغد تسميتان فتعتبر التسمية الاولى لمنع الزيادة عليها وتعتبر التسمية الثانية لمنع النقصان عنها عملا بالتسميتين وهذا أولى من الترجيح بالمصرح فان خاطه في اليوم الثالث فالصحيح أنه لا يجاوز به نصف درهم عند أبي حنيفة رحمه الله لانه اذا لم يرض بتأخيره الى الغد باكثر من نصف درهم فالى ما بعد الغد أولى والصحيح عندهما انه ينقص من نصف درهم ولا يزاد عليه (قوله فهو جائز ويحتمل الخلاف) ذكر محمد رحمه الله هذه المسئلة ولم يحك فيها خلافا فاحتمل ان يكون هذا قول الكل واحتمل أن يكون هذا قول أبي حنيفة رحمه الله خاصة كما في نظائرها من المسائل (قوله وهذا الحرف هو الاصل عندهما) أى الاصل عندهما ان الاجر متى وجب بالتسليم من غير عمل ولا يدري عند التسليم أيهما يجب يفسد العقد (قوله ولابي حنيفة رحمه الله انه خيره بين عقدين صحيحين مختلفين فوجب القول بصحته كما في الفارسية والرومية) وهذا لان السكنى وعمل

والتسليم فتبقى الجهالة وهو الاصل عندهما ولابي حنيفة أنه خيره بين عقدين صحيحين مختلفين فيصح كما في مسئلة الرومية والفارسية وهذا أى كونهما مختلفين لان سكناه بنفسه يخالف اسكانه الحداد ألا ترى أنه أى اسكانه الحداد لا يدخل في مطلق العقد وكذا في أخواتها (قوله والاجارة) جواب عن قوله يجب الاجر بالتخلية الخ وتقريره أن الاجارة (تعقد للانتفاع وعنده ترتفع الجهالة) أما ترك الانتفاع مع التمكن فنادر لا معتبر به

أن يقال والتسليم في الدابة

أخواتها والاجارة تعقد للانتفاع وعنده ترتفع الجهالة ولو احتيج الى الايجاب بمجرد التسليم يجب أقل الاجرين المتيقن به

(باب اجارة العبد)

فتأمل في الدفع والله الموفق

(باب اجارة العبد)

قال صاحب النهاية لما فرغ من بيان أحكام تتعلق بالحر شرع في بيان أحكام تتعلق بالعبد اذ العبد منحط الدرجة عن الحر فانحط ذكره عن ذكر الحر لذلك انتهى واقتفى أثره كثير من الشراح في ذكر هذا الوجه وقال صاحب غاية البيان لما كان اجارة الرقيق نوعا من أنواع الاجارة وللرقيق مسائل خاصة تتعلق به ذكرها في باب على حدة وأخر ذكرها لان الجنس مقدم على النوع وقال هذا أولى من وجه المناسبة توهما قيل في بعض الشروح ان العبد منحط الدرجة عن الحر فانحط ذكره عن ذكر الحر لذلك ففيه نظر لان صاحب الهداية ذكر قبل هذا استئجار الدور والحوانيت والحمام والدواب وذكر هنا استئجار الرقيق لاختصاصه بالمسائل المذكورة في هذا الباب وترجم الباب بباب اجارة العبد كما ترجم في الاصل بباب اجارة الرقيق للخدمة وغيرها وظاهر كلام هذا الشارح يفهم منه أن العبد منحط الدرجة عن الحر لانه لا ولاية له أصلا فلا يصح تصرفه في شئ الا باذن المولى وهذا مسلم ولكن لو كان مراد المصنف هذا لم يبدأ أول الباب باستئجار العبد لانه لم يوجد منه تصرف أصلا في عقد الاجارة لا اصالة ولا نيابة بل هو محل التصرف وموقع عقد الاجارة كالدابة ونحو ذلك فعلم بهذا أن غرض المصنف لم يكن الا تنويع المسائل الى هنا كلامه (أقول) في الوجه الذي لاح له نظر لان مجرد كون الجنس مقدما على النوع لا يقتضي تأخير مسائل هذا الباب الى هنا فان مسائل كثيرة من الابواب السابقة مختصة أيضا بالنوع لا عامة للجنس ألا يرى أن مسائل باب الاجارة الفاسدة مختصة بالنوع الفاسد من جنس الاجارة وكذا مسائل باب الاجارة على أحد الشرطين مختصة بالنوع الذي ذكر فيه الشرطان الى غير ذلك من المسائل الاخرى المتقدمة وانما يقتضي هذا الوجه تأخير مسائل هذا الباب عما ذكر في أوائل كتاب الاجارة من الاحكام العامة لجنس الاجارة دون غيرها من الاحكام الكثيرة المتنوعة الواقعة في البين فلا يتم التقريب وأما ما أورده على الوجه الذي ذكره صاحب النهاية ومن يحذو حذوه من النظر فقد قصد بعض الفضلاء دفعه حيث قال في تفسير اجارة العبد أي نفسه وقال واجارة الغير اياه ذكرت استطرادا وقد يقدم في الذكر ما يذكر استطرادا كما سبق في باب العشر والخراج فعلى هذا الاجارة مضاف الى الفاعل الى هنا كلامه (أقول) فيه خلل أما أولا فلان الاجارة في اللغة اسم للاجرة وهي كراء الاجير صرح به في المغرب وعامة كتب اللغة ولم يسمع مجيء هذه الكلمة مصدرا قط وانما المصدر من الثلاثي الاجر ومن المزيد عليه الايجار والمؤاجرة فلم يتصور أن يكون للاجارة فاعل ومفعول فلم يصح القول بان الاجارة ههنا مضاف الى الفاعل وأن المعنى اجارة العبد نفسه وأما ثانيا فلان المذكور في هذا الباب خمس مسائل ثنتان منها متعلقتان بايجار العبد نفسه وثلاث منها متعلقات بايجار الغير اياه فحمل عنوان الباب على أقل ما ذكر في الباب وجعل أكثر ما ذكر فيه

(ولو احتيج الى ايجاب الاجر بمجرد التخلية) بان يسلم العين المستأجرة ولم ينتفع به حتى يعلم المنفعة (يجب أقل الاجرين المتيقن به)

(باب اجارة العبد) تأخير ذكر اجارة العبد عن اجارة الحر لا يحتاج الى بيان لظهور وجهه بانحطاط درجته

(باب اجارة العبد) (قوله تأخير ذكر اجارة العبد) أقول أي نفسه واجارة الغير اياه ذكرت استطرادا وقد يقدم في الذكر ما يذكر استطرادا كما سبق في باب العشر والخراج فعلى هذا الاجارة مضاف الى الفاعل

الحداد مختلفان وكل واحد منهما عند الانفراد صحيح فكذا عند الجمع (قوله والاجارة تعقد للانتفاع وعنده ترتفع الجهالة) جواب عن قولهما يجب الاجر بالتخلية والتسليم فتبقى الجهالة وهو ان الغالب في الاجارة الانتفاع لانها مشروعة للحاجة فالظاهر أن لا يخلو عن الانتفاع واذا جاز الانتفاع زالت الجهالة والتمكن من غير انتفاع ليس باصل بل هو من العوارض والاحتراز عن العوارض غير واجب ولو تحقق ترك الانتفاع واحتيج الى ايجاب الاجر بالتمكن يجب المتيقن وهو المقابل بادنى العملين اذ الفضل لا يجب بالشك وقيل يجب الاقل و يتنصف الفضل وقيل يتنصف كل واحد منهما فلا تتمكن الجهالة بكل حال فصار الاصل عنده ان العقد اذا اشتمل على شئ معلوم ببدل معلوم وضم اليه الزيادة بزيادة في البدل فان العقد يقع على الاصل المعلوم والفضل يتعلق باعتبار الفضل في المعقود عليه والله أعلم بالصواب

(باب اجارة العبد)

قال

قال (ومن استأجر عبدا للخدمة فليس له أن يسافر به الا أن يشترط ذلك) لان خدمة السفر اشتملت على زيادة مشقة فلا ينتظمها الاطلاق

استطرادياً كما يقتضيه قوله واجارة الغير اياه ذكرت استطرادا مما لا تقبله فطرة سليمة * ثم أقول في دفع ما أورده صاحب العناية من النظر ان انحطاط درجة العبد عن الحر كما يظهر له أثر فيما اذا وجد من العبد تصرف في عقد الاجارة كذلك يظهر له أثر فيما اذا لم يوجد منه تصرف في ذلك ولكن كان هو محل التصرف وموقع عقد الاجارة اذ لا شك أن في كل من تينك الصورتين حكما خاصا يتعلق بالعبد كما يفصح عنه قوله في الوجه الذي اختاره وبالرقيق مسائل خاصة تتعلق به ذكرها في باب على حدة ولا ريب أن اختصاص مثل ذلك الحكم بالعبد ليس لارتفاع درجته عن الحر بل انما هو لانحطاط درجته عن الحر فكان قول صاحب النهاية ومن تبعه أخر الاحكام التي تتعلق بالعبد عن أحكام الحر لانحطاط درجة العبد عن الحر وجها جاريا في الصورتين معا شاملا للمسائل المذكورة في هذا الباب بأسرها فلم يتم قول صاحب الغاية ولكن لو كان مراد المصنف هذا لم يبدأ أول الباب باستئجار العبد الخ اذ مداره على أن لا يجري الوجه المزبور في الصورة الثانية كما ينادي عليه تعليله ثم ان اضافة الاجارة الى العبد في عنوان الباب ليس من قبيل الاضافة الى الفاعل ولا من قبيل الاضافة الى المفعول لما عرفت بل من قبيل الاضافة لادنى الملابسة فتشمل ما كان العبد متصرفا في نفس عقد الاجارة كما في بعض مسائل هذا الباب وما كان العبد محل التصرف وموقع عقد الاجارة كما في البعض الآخر من مسائل هذا الباب ومن هذا البعض المسئلة المبتدأ بها أول الباب فلا محذور ولا استطراد في شئ تأمل ترشد (قوله ومن استأجر عبدا للخدمة فليس له أن يسافر به الا أن يشترط ذلك لان خدمة السفر اشتملت على زيادة مشقة فلا ينتظمها الاطلاق) فان قيل ان المستأجر في ملك منافعه ينزل منزلة المولى في منافع عبده وللمولى أن يسافر بعبده فلماذا لا يكون للمستأجر أن يسافر بأجيره قلنا انما يسافر المولى بعبده لانه يملك رقبته والمستأجر لا يملك رقبة أجيره كذا في الكافي وعامة الشروح ونقض هذا الجواب بمن ادعى دارا وصالحه المدعى عليه على خدمة عبده سنة فان للمدعي أن يخرج بالعبد الى السفر وان لم يملك رقبته وأجيب بان مؤنة الرد في باب الاجارة على الآجر بعد انتهاء العقد لان المنفعة في النقل كانت له من حيث انه يقرر حقه في الاجر فالمستأجر اذا سافر بالعبد فهو يلزم المؤجر ما لم يلزمه من مؤنة الرد وربما تربو على الاجرة وأما في الصلح فمؤنة الرد ليست على المدعى عليه فالمدعي بالاخراج الى السفر يلتزم مؤنة الرد وله ذلك كذا في العناية أخذا من النهاية (أقول) لقائل أن يقول يلزم من هذا الجواب أن يقدر المستأجر أن يسافر بالعبد اذا التزم مؤنة الرد وان لم يرض به المؤجر لان حاصل هذا الجواب انه ان سافر المستأجر بالعبد في باب الاجارة يترتب الضرر على المؤجر بالزامه اياه ما لم يلزمه من مؤنة الرد ولا يخفى ان ذلك الضرر يندفع بالتزام المستأجر تلك المؤنة مع أن الظاهر من عبارات الكتب عدم جواز المسافرة به مطلقا ما لم يشترط ذلك فتأمل وطعن صاحب العناية في الجواب المزبور بوجه آخر حيث قال وهذا كما ترى انقطاع لان المعلل احتاج الى أن يضم الى علته وهي قوله والمستأجر لا يملك رقبته قيدا وهو أن يقول ويلزمه مؤنة الرد ثم قال ولعل الصواب أن يقال لا نسلم ان المستأجر في منافع العبد كالمولى فان المولى له المنفعة على الاطلاق زمانا ومكانا ونوعا وليس المستأجر كذلك بل يملكها بعقد ضروري يتقيد بمكان وزمان فيجوز أن يتقيد بما لا يتقيد به المولى

(ومن استأجر عبدا للخدمة فليس له أن يسافر به الا أن يشترط ذلك لان خدمة السفر تشتمل على زيادة مشقة) لا محالة (فلا ينتظمها الاطلاق) واعترض بان المستأجر في ملك منافعه كالمولى وللمولى أن يسافر بعبده فكذا المستأجر وأجيب بان المولى انما يسافر بعبده لانه يملك رقبته والمستأجر ليس كذلك ونوقض بمن ادعى دارا وصالحه المدعى عليه على خدمة عبده سنة فان للمدعي أن يخرج بالعبد الى السفر وان لم يملك رقبته وأجيب بان مؤنة الرد في باب الاجارة على الآجر بعد انتهاء العقد

(قوله واعترض بان المستاجر) أقول معارضة (قوله وأجيب بان مؤنة الرد في باب الاجارة على الآجر الخ) أقول في الفصل الحادي عشر من المحيط البرهاني واذا استاجر عبدا بالكوفة ليستخدمه ولم يعين مكانا للخدمة كان له أن يستخدمه بالكوفة وليس له أن يستخدمه خارج الكوفة فان سافر به ضمن هكذا ذكر محمد المسئلة في اجارات الاصل وذكر في صلح الاصل أن من ادعى دارا وصالحه المدعى عليه على خدمة عبده سنة أن له أن يخرج بالعبد الى أهله قال الشيخ الامام الاجل شمس الائمة الحلواني في شرح كتاب الصلح لم يرد بقوله يخرج بالعبد الى أهله أن يسافر به وانما أراد به أن يخرج الى أهله في القرى وأفنية البلد قال وهذا كما قلنا في باب الاجارة من استاجر عبدا ليخدمه ليس له أن يسافر به وله أن يخرج الى أهله وأفنية البلد وكان الشيخ الامام شمس الائمة السرخسي يفرق بين مسئلة الاجارة ومسئلة الصلح وكان يقول في مسئلة الصلح لصاحب الخدمة أن يسافر بالعبد المستاجر للخدمة وحكي عن الفقيه أبي اسحق الحافظ أنه كان يقول لا رواية عن محمد في فصل الاجارة فلقائل أن يقول للمستاجر أن يخرج بالعبد عن المصر كما في الصلح ولقائل أن يفرق بينهما وقد عثرنا على الرواية في الاجارة في اجارات الاصل على نحو ما كتبنا انتهى فعلم من ذلك امكان المنع في مسئلة الصلح فتامل

لان المنفعة فى النقل كانت له من حيث انه تقرر حقه فى الاجر فالمستاجر اذا سافر بعبده يلزم المؤجر مالم يلتزمه من مؤنة الرد ورجاء بو على الاجرة وأما فى الصلح فمؤنة الرد ليست على المدعى عليه فالمدعى بالاخراج الى السفر يلتزم مؤنة الرد وله ذلك وهذا كما ترى انقطاع لان المعلل احتاج الى أن يضم الى علته وهو قوله والمستاجر لا يملك رقبته قيدا وهو أن يقول و يلزمه مؤنة الرد ولعل الصواب أن يقال لا نسلم أن المستاجر فى منافع العبد كالمولى له فان المولى المنفعة على الاطلاق زمانا ومكانا ونوعا وليس المستاجر كذلك بل يملكها بعقد ضرورى يتقيد بزمان ومكان فيجوز أن يتقيد بما لم يتقيد به المولى له والعرف يوجبه أودفع ضرر مؤنة الرد على ماذكرنا يوجبه (ولهذا جعل السفر عذرا) يعنى اذا استاجر غلاما يخدمه فى المصر ثم أراد المستاجر السفر فهو عذر فى فسخ الاجارة لانه لا يتمكن من المسافرة بالعبد لما ذكرنا ولو منع من السفر تضرر فكان عذرا تفسخ به الاجارة (قوله فلابد من اشتراطه) متعلق بقوله فلا ينتظمها الاطلاق (ولان التفاوت بين الخدمتين ظاهر) فصار كالاختلاف باختلاف المستعملين (فاذا تعينت الخدمة فى الحضر عرفا لا يبقى غيرها داخلا كما فى الركوب) فانه اذا استأجر دابة ليركب بنفسه ليس له أن يركب غيره للتفاوت بين ركوب الراكبين فكذلك ههنا (ومن استاجر عبدا محجورا عليه شهرا) فعمل (فاعطاه الاجر فليس للمستاجر ان يسترده منه الاجر استحسانا وفى القياس له ذلك لانه يقتضى أن لا تصح الاجارة لانعدام اذن المولى وقيام الحجر) فيصير المستاجر غاصبا بالاستعمال ولا أجر على الغاصب (فصار كما اذا هلك العبد) فانه يجب للمولى قيمته دون الاجر لانه ضامن بالغصب والاجر والضمان لا يجتمعان (وجه الاستحسان أن التصرف نافع على اعتبار الفراغ سالما ضار على اعتبار الهلاك بالاستعمال والنافع ماذون فيه كقبول الهبة واذا جاز الدفع لم يكن له أن يسترده منه)

ولهذا جعل السفر عذرا فلابد من اشتراطه كاسكان الحداد والقصار فى الدار ولان التفاوت بين الخدمتين ظاهر فاذا تعين الخدمة فى الحضر لا يبقى غيره داخلا كما فى الركوب (ومن استاجر عبدا محجورا عليه شهرا وأعطاه الاجر فليس للمستاجر أن ياخذ منه الاجر) وأصله أن الاجارة صحيحة استحسانا اذا فرغ من العمل والقياس أن لا يجوز لانعدام اذن المولى وقيام الحجر فصار كما اذا هلك العبد وجه الاستحسان أن التصرف نافع على اعتبار الفراغ سالما ضار على اعتبار هلاك العبد والنافع ماذون فيه كقبول الهبة واذا جاز ذلك لم يكن

والعرف يوجبه أودفع ضرر المؤنة على ماذكرنا يوجبه انتهى كلامه (أقول) فيما استصوبه نظر لانه ينتقض بمسئلة الصلح اذ لا شك ان المصالح أيضا لا يملك منافع العبد على الاطلاق كالمولى بل هو أيضا يملكها بعقد ضرورى هو عقد الصلح مع ان له أن يسافر بالعبد بخلاف المستاجر ويحتاج الى الفرق (قوله ولان التفاوت بين الخدمتين ظاهر فاذا تعين الخدمة فى الحضر لا يبقى غيره داخلا كما فى الركوب) قال بعض الفضلاء الفرق بين الدليلين غير واضح ظاهرا انتهى (أقول) الفرق بينهما ان مدار الاول على ان خدمة السفر مما لا يدخل فى اطلاق العقد رأسا بناء على انصراف مطلق العقد الى المتعارف الذى هو الخدمة فى الحضر ومدار الثانى على ان كل واحدة من خدمتى السفر والحضر وان كانتا داخلتين تحت اطلاق العقد الا أن الخدمة فى الحضر تعينت بقرينة حال حضر العاقد ومكان العقد فبعد تعينها لا يبقى المحال للاخرى كما فى الركوب فانه اذا أطلق الركوب ثم ركب بنفسه أو أركب غيره يتعين هو فبعد ذلك ليس له أن يغير من ركبه أولا لتعينه للركوب فكذا ههنا ويرشد الى ماقررنا من الفرق بين الدليلين المذكورين فى الكتاب عبارة المبسوط والذخيرة فى تعليل هذه المسئلة على ماذكره صاحب النهاية حيث قال لان مطلق العقد ينصرف الى المتعارف ولان الظاهر من حال صاحب العبد أنه يريد الاستخدام فى مكان العقد حتى لا تلزمه مؤنة الرد ورجاء بو ذلك على الاجرة

(قوله ولهذا جعل السفر عذرا) يعنى اذا استاجر غلاما يخدمه فى المصر وأراد المستاجر أن يسافر فهو عذر فى فسخ الاجارة لانه لا يتمكن من المسافرة بالعبد لما ذكرنا ولو منع من السفر يتضرر المستاجر فلهذا جعل عذر (قوله كما فى الركوب) يعنى اذا أطلق الركوب فاذا تعين ركوبه لا يكون له ولاية اركاب غيره وكذا فى العكس فان قيل هو فى ملك منافعه نزل منزلة المولى فى منافع عبده وللمولى ان يسافر بعبده فلماذا لا يكون له ان يسافر به قلنا انما يسافر المولى بعبده لانه يملك رقبته وهو لا يملك رقبته (قوله فصار كما اذا هلك العبد) أى فى ذلك العمل فانه يجب على المستأجر قيمته ولا أجر عليه فيما عمل لان المستاجر صار غاصبا له باستعماله فيضمن قيمته عند الهلاك واذا ضمن قيمته صار مالكا له من وقت الاستعمال فيصير مستوفيا منفعة عبد نفسه فلا يجب عليه الاجر فان قيل يشكل هذا بما اذا دفع الارض الى عبد محجور عليه مزارعة ليزرعها العبد ببذره فهلك العبد فى عمل الزراعة فانه لا يضمن قلنا ان البذر لما كان من العبد يصير العبد مستاجرا للارض ولا يصير صاحب الارض

المستاجر

(قوله لان المنفعة فى النقل كانت له) أقول يعنى كانت للاجير (قوله وأما فى الصلح فمؤنة الرد ليست على المدعى عليه) أقول الصلح يجب حمله على أقرب العقود اليه وأشبهها بها لانه ليس عقدا برأسه فهذا الصلح محمول على الاجارة فلابد أن تكون مؤنة الرد على المدعى عليه والا فما الفرق والجواب أن الفرق واضح فان المدعى عليه يزعم أنه يملك الخدمة بغير شئ والتفصيل فى النهاية (قوله و يلزمه) أقول أى يلزم الآجر (قوله وليس المستاجر كذلك) أقول والمصالح أيضا ليس كذلك (قوله ولان التفاوت بين الخدمتين ظاهر) أقول الفرق بين الدليلين غير واضح ظاهرا

قال (ومن غصب عبدا فآجر العبد نفسه الخ) ومن غصب عبدا فآجر العبد نفسه فأخذ الغاصب الاجر فأكله لم يضمن عند أبي حنيفة وقالا هو ضامن لانه أكل مال المالك بغير اذنه اذ الاجارة قد صحت على مامر من وجه الاستحسان أن التصرف نافع والمحجور مأذون في المنافع ولابي حنيفة أن الضمان انما يجب باتلاف مال محرز لان التقوم بالاحراز وهذا المال غير محرز في حق الغاصب اذ العبد لا يحرز نفسه عنه فكيف يحرز ما في يده وهذا لان الاحراز انما يكون بيد المالك أو يد نائبه ويد الغاصب ليست بهما ويد العبد كذلك لانه في يد الغاصب فان قيل الغاصب اذا استهلك ولد المغصوبة ضمنه ولا احراز فيه أجيب بانه تابع للام لكونه جزأ منها وهي محرزة بخلاف الاجر فانه حصل من المنافع وهي غير محرزة (وان وجد المولى الاجر قائما بعينه أخذه لانه وجد عين ماله ويجوز قبض العبد الاجر في قولهم جميعا لانه مأذون له في التصرف على اعتبار الفراغ على مامر) من قوله والنافع مأذون فيه كقبول الهبة واذا كان مأذونا له وهو العاقد رجع الحقوق اليه فكان له القبض وفائدته تظهر في حق خروج المستأجر عن عهدة الاجرة فانه يحصل بالاداء اليه ووضع المسئلة فيما اذا آجر العبد المغصوب نفسه فان آجره الغاصب كان الاجر له لا للمالك ولا ضمان عليه بالاتفاق وان آجره المولى فليس للعبد أن يقبض الاجرة الا بوكالة المولى لانه العاقد (ومن استأجر عبدا هذين الشهرين شهرا باربعة وشهرا بخمسة فهو جائز والشهر الاول منهما باربعة)

للمستأجر أن يأخذ منه (ومن غصب عبدا فآجر العبد نفسه فأخذ الغاصب الاجر فأكله فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة وقالا هو ضامن) لانه أكل مال المالك بغير اذنه اذ الاجارة قد صحت على مامر وله أن الضمان انما يجب باتلاف مال محرز لان التقوم به وهذا غير محرز في حق الغاصب لان العبد لا يحرز نفسه عنه فكيف يحرز ما في يده (وان وجد المولى الاجر قائما بعينه أخذه) لانه وجد عين ماله (ويجوز قبض العبد الاجر في قولهم جميعا) لانه مأذون له في التصرف على اعتبار الفراغ على مامر (ومن استأجر عبدا هذين الشهرين شهرا باربعة وشهرا بخمسة فهو جائز والاول منهما باربعة)

فيتعين موضع العقد مكانا للاستيفاء بدلالة الحال كذا في المبسوط والذخيرة انتهى (قوله ومن استأجر عبدا محجورا عليه شهرا وأعطاه الاجر فليس للمستأجر أن يأخذ منه الاجر) قال صاحب الكافي في تقريره هذه المسئلة ومن استأجر عبدا محجورا عليه شهرا فعمل فأعطاه الاجر فقد زاد على ماذكره المصنف قوله فعمل واقتفى أثره صاحب العناية (أقول) فيه شئ وهو ان وضع هذه المسئلة فيما اذا استأجر عبدا محجورا عليه شهرا كما ترى فقد ذكر فيه المدة وهي الشهر وقد تقرر عندهم وعرفت فيما مر غير مرة ان الاجير يصير بذكر الوقت أجيرا خاصا وقد مر في باب ضمان الاجير أن الاجير الخاص هو الذي يستحق الاجر بتسليم نفسه في المدة وان لم يعمل كمن استؤجر شهرا للخدمة أو لرعي الغنم فما معنى اعتبار العمل في هذه المسئلة بعد ذكر المدة نعم لابد من تسليم العبد نفسه حتى يستحق الاجر فلا يجوز للمستأجر أن يأخذ منه ما أعطاه اياه من الاجر الا أنه لم يذكر هذا القيد صراحة في وضع المسئلة اعتمادا على ظهور كونه مرادا فان قلت من زاد قيد فعمل أراد بالعمل تسليم النفس قلت لا نرى له وجها صحيحا اذ لا اتحاد بينهما ولا استلزام فان العمل يوجد بدون تسليم النفس في الاجير المشترك مطلقا وتسليم النفس يوجد بدون العمل في الاجير الخاص الذي سلم نفسه ولم يعمل فما وجه

غاصبا للعبد لان من كان البذر من قبله يكون مستأجرا حتى لو كان البذر من قبل صاحب الارض وهلك العبد في عمل الزراعة يضمن صاحب الارض والجواب في الصبي المحجور كذلك والمعنى انه فيه أمين اذ لا ضمان فيه كذا في الفوائد الظهيرية وفي الذخيرة اذا هلك المحجور من العمل في هذه الصورة فان كان المحجور صبيا فعلى عاقلة المستأجر ديته وعليه الاجر فيما عمل قبل الهلاك وان كان المحجور عبدا فعلى المستأجر قيمته ولا أجر عليه فيما عمل له العبد لما ذكرنا (قوله ومن غصب عبدا فآجر العبد نفسه) قيد باجارة العبد نفسه لانه لو آجر الغاصب العبد كان الاجر له لا للمالك ولا ضمان عليه بالاتفاق (قوله لان التقوم به) أي بالاحراز (قوله وهذا غير محرز) لان الاحراز انما يثبت بيد حافظة كيد المالك أو بيد نائبه ويد المالك لم يثبت عليه ويد العبد ليست يد المولى لان العبد في يد الغاصب حتى كان مضمونا عليه ولا يحرز نفسه عن الغاصب فكيف يكون محرزا ما في يده فان قيل يشكل هذا بولد المغصوبة لو استهلكه الغاصب يضمنه وان لم يكن محرزا في حق الغاصب قلنا الولد متقوم لحصوله من المتقوم بخلاف الاجرة فانها حصلت من منافع العبد وهي غير متقومة فكذا ما حصل منها (قوله في حق الغاصب) أي غير محرز للمولى في حق الغاصب ولكنه محرز للمولى في حق غير الغاصب حتى لو استهلك الكسب غير الغاصب في يد العبد يضمن (قوله ويجوز قبض العبد الاجر في قولهم جميعا) وفائدته تظهر في حق خروج المستأجر عن عهدة الاجرة لانه عاقد وأما اذا آجره المولى فليس للعبد ان يقبض الاجرة الا بوكالة عن المولى لان القبض من حقوق العقد فيثبت للعاقد (قوله على مامر) اشارة الى قوله والمنافع مأذون فيه كقبول الهبة (قوله ومن استأجر عبدا هذين الشهرين) وفي عامة

(قوله أجيب بانه تابع للام بكونه جزأ منها وهي محرزة) أقول لا يقال هذا مخالف لما قاله الآن من أن العبد لا يحرز نفسه لان عدم احرازه لنفسه لا ينافي كونه محرزا في حق المالك

لانه المذكور أولا والمذكور أولا ينصرف الى مايلى العقد تحريا للجواز) وذلك لانه لما قال شهرا بار بعة على سبيل التنكير كان مجهولا والاجارة تفسد بالجهالة فصرفناه الى مايلى العقد تحريا للجواز كما لو قال استاجرت منك هذا العبد شهرا وسكت فانه ينصرف الى مايلى العقد (أو نظرا الى تنجز الحاجة) فان الانسان انما يستأجر الشئ لحاجة تدعوه الى ذلك والظاهر وقوعها عند العقد واذا انصرف الاول الى مايلى العقد والثانى معطوف عليه ينصرف الى مايلى الاول ضرورة قيل مبنى هذا الكلام على أنه ذكر منكرا مجهولا والمذكور فى الكتاب ليس كذلك وأجيب بان المذكور فى الكتاب قول المستأجر واللام فيه للعهد لما كان فى كلام المؤجر من المنكر فكأن المؤجر قال آجرت عبدى هذا شهرين شهرا بار بعة وشهرا بخمسة فقال المستأجر استاجرته هذين الشهرين شهرا بار بعة وشهرا بخمسة (قوله ومن استاجر عبدا شهرا بدرهم الخ) ظاهر خلاف قوله فيترجح بحكم الحال فانه استشكل بان الحال تصلح للدفع دون الاستحقاق ثم لو جاء المستاجر بالعبد وهو صحيح فالقول للمؤجر ويستحق الاجر فكانت موجبة للاستحقاق وليس بناهض لان المصنف أشار الى دفعه بقوله وهو يصلح مرجحا ان لم يصلح حجة فى نفسه وبيانه أن الموجب للاستحقاق هو العقد مع تسليم العبد اليه فى المدة ولكن تعارض كلاهما فى اعتراض ما يوجب السقوط فجعل الحال مرجحا لكلام المؤجر لا موجبا للاستحقاق فهى فى الحقيقة دافعة لاستحقاق السقوط بعد الثبوت لا موجبة والله أعلم

(قوله قيل مبنى هذا الكلام على أنه ذكر منكرا الخ) أقول فيه بحث فان المصنف انما استدل بتنكير شهرا لا بتنكير شهرين فلا مساس لهذا السؤال ظاهرا ويجوز أن يقال قوله شهرا وشهرا تفصيل للشهرين بلفظ التنكير فاتحدا بهذا الاعتبار لكن لا يخفى عليك انه لو ذكر المستأجر لفظا معرفا كما فى الكتاب فجواب الكتاب أيضا ماذكر (قوله وأجيب بان المذكور) أقول المجيب هو الامام حميد الدين الضرير فى حواشيه على الهداية ثم قال مولانا ظهير الدين وقد رأيت كثيرا من الكتب نحو المبسوط والجامع الصغير للعتابى والاسبيجابى والمعينة فى الفقه أنه لم يتعرض لقوله لهذين بل فيه اذا استاجر عبدا شهرين شهرا بار بعة وشهرا بخمسة فقال مولانا تأملت فلم أجد له مخلصا سوى هذا انتهى ويقول العبد الضعيف مستعينا بالله يجوز أن يكون وضع المسئلة فيما اذا ذكر المستأجر لفظ الشهرين بالتنكير وانما ذكر المصنف معرفا نظرا الى تعينه لما آل الى حيث ينصرف الى مايلى العقد فلا يكون قوله هذين الشهرين من كلام المستاجر بل هو لفظ المصنف فليتأمل

لان الشهر المذكور أولا ينصرف الى مايلى العقد تحريا للجواز أو نظرا الى تنجز الحاجة فينصرف الثانى الى مايلى الاول ضرورة (ومن استاجر عبدا شهرا بدرهم فقبضه فى أول الشهر ثم جاء آخر الشهر وهو آبق أو مريض فقال المستأجر أبق أو مرض حين أخذته وقال المولى لم يكن ذلك الا قبل أن تاتينى بساعة فالقول قول المستأجر وان جاء به وهو صحيح فالقول قول المؤجر) لانهما اختلفا فى أمر محتمل فيترجح بحكم الحال اذ هو دليل على قيامه من قبل وهو يصلح مرجحا ان لم يصلح حجة فى نفسه وأصله الاختلاف فى جريان ماء الطاحونة

ذكر العمل وارادة تسليم النفس والانصاف أن تركه أولى من ذكره كما صنع المصنف (قوله لان الشهر المذكور أولا ينصرف الى مايلى العقد تحريا للجواز أو نظرا الى تنجز الحاجة) قال تاج الشريعة فان قلت هذا التعليل انما يستقيم اذا نكر الشهر وهنا عرف بقوله هذين قلت رأيت فى المبسوط والجامع الصغير للعتابى وغيرهما عدم التعرض لقوله هذين بل فى كل واحد منهما استاجر عبدا شهرين شهرا بار بعة وشهرا بخمسة ويحتمل أن يحمل قوله هذين على ما اذا قال المؤجر آجرت منك هذا العبد شهرين شهرا بار بعة وشهرا بخمسة فقال المستاجر استاجرت منك هذا العبد هذين الشهرين فينصرف قوله هذين الشهرين الى الشهرين المنكرين اللذين دخلا تحت ايجاب المؤجر فبقى التنكير فصلح التعليل بتنجز الحاجة لا لاثبات التعيين الى هنا كلامه واقتفى أثره صاحب الكفاية فى نسج هذا المقام على هذا المنوال ولكن بنوع تغيير تحرر فى أوائل المقال وقال صاحب العناية قيل مبنى هذا الكلام على أنه ذكر منكرا مجهولا والمذكور فى الكتاب ليس كذلك وأجيب بان المذكور فى الكتاب قول المستاجر واللام فيه للعهد لما كان فى كلام المؤجر من المنكر فكأن المؤجر قال آجرت عبدى هذا شهرين شهرا بار بعة وشهرا بخمسة فقال المستاجر استاجرته هذين الشهرين شهرا بار بعة وشهرا بخمسة انتهى كلامه (أقول) لا الشبهة شئ ولا الجواب أما الشبهة فلان

الكتب استاجر عبدا شهرين شهرا بكذا وشهرا بكذا بدون اسم الاشارة وقوله تحريا للجواز وتنجز الحاجة لا يطابقه وضع المسئلة فى المعين ويحتمل ان يحمل قوله هذين على ما اذا قال الآجر آجرت منك هذا العبد شهرين شهرا بار بعة وشهرا بخمسة فقال المستاجر استاجرت منك هذا العبد هذين الشهرين فيصرف قوله هذين الشهرين الى الشهرين المنكرين اللذين دخلا تحت ايجاب الآجر فبقى التنكير فيصلح التعليل بتنجز الحاجة لا لاثبات التعيين (قوله تحريا للجواز ونظرا الى تنجز الحاجة) وهذا لانه ان لم ينصرف الشهر المذكور أولا الى مايلى العقد لكان الداخل فى العقد شهرا منكرا من شهور عمره وهذا فاسد فلابد من صرفه الى مايلى العقد تحريا لجواز العقد وكذلك الاقدام على الاجارة دليل تنجز الحاجة الى تلك منفعة العبد فوجب صرف الشهر المذكور أولا الى مايليه قضاء للحاجة الناجزة (قوله أصله الاختلاف فى جريان ماء الطاحونة وانقطاعه) فان مستاجر الرحى اذا اختلف مع صاحب الرحى فى جريان الماء فى المدة فان القول قول من يشهد له

وانقطاعه

(باب الاختلاف فى الاجارة)

قال (واذا اختلف الخياط ورب الثوب فقال رب الثوب أمرتك أن تعمله قباء وقال الخياط بل قميصا أو قال صاحب الثوب للصباغ أمرتك أن تصبغه أحمر فصبغته أصفر وقال الصباغ لا بل أمرتنى أصفر فالقول لصاحب الثوب) لان الاذن يستفاد من جهته ألا ترى أنه لو أنكر أصل الاذن كان القول قوله فكذا اذا أنكر صفته لكن يحلف لانه أنكر شيئا لو أقر به لزمه

التعليل المزبور يستقيم ويتم بتنكير شهر فى شهرا بأربعة وشهرا بخمسة ولا يتوقف على تنكير شهرين اذ على تقدير تعريف الشهرين يصير المتعين مجموع الشهرين من حيث هو مجموع وهذا لا يقتضى أن يتعين الاول منهما بأربعة والثانى بخمسة لاحتمال أن يكون الامر بالعكس بناء على تنكير كل واحد منهما وابهامه فاحتيج الى الاستدلال على كون الاول منهما بأربعة والثانى بخمسة دون العكس بالتعليل الذى ذكره المصنف فلا غبار عليه أصلا وأما الجواب فلانه لو كان المذكور فى الكتاب قول المستاجر لما صح تنكير عبدا فى قوله ومن استاجر عبدا هذين الشهرين بل كان هو أحق بالتعريف من الشهرين لان بذلك يعلم أن الذى استاجره هو العبد الذى آجره المؤجر منه على أن كون اللام فى قول المستأجر للعهد انما يتصور فيما اذا كان كلام المؤجر مقدما على كلام المستأجر فى العقد وليس ذلك بلازم فان أيا من المتعاقدين تكلم أولا يصير كلامه ايجابا فاذا قبل الآخر لزم العقد فحمل المذكور فى الكتاب على قول المستاجر لا يقتضى تعريف الشهرين فى هذه المسئلة على الاطلاق فيلزم تخصيص مسئلة الكتاب ببعض الصور ولا يخفى ما فيه ثم أقول لعل المصنف انما عرف الشهرين فى تقرير هذه المسئلة مخالفا لما وقع فى عامة الكتب من تنكير ذلك اشعارا بان جواب هذه المسئلة لا يتغير بتعريف لفظ الشهرين بل تنكير ذلك وتعريفه سيان عند تنكير شهرا فى شهرا بأربعة وشهرا بخمسة لما بيناه فى رد الشبهة آنفا وقال بعض الفضلاء يجوز أن يكون وضع المسئلة فيما اذا ذكر المستاجر لفظ الشهرين بالتنكير وانما ذكر المصنف معرفا نظرا الى تعينه المآلى حيث ينصرف الى ما يلى العقد فلا يكون قوله هذين الشهرين من كلام المستاجر بل هو لفظ المصنف انتهى (أقول) ليس هذا بشئ أيضا اذ لا يذهب عليك أن قوله شهرا بأربعة وشهرا بخمسة من كلام المستاجر وانه تفصيل للشهرين فلو لم يكن قوله هذين الشهرين من كلام المستاجر بل كان من لفظ المصنف لزم أن يكون المجمل لفظ المصنف والمفصل لفظ المستاجر وهذا مما لا يرتضيه العاقل ثم أقول بقى ههنا كلام وهو ان الظاهر أن جواب هذه المسئلة غير مختص بصورة أن يكون الاجير عبدا بل هو متمش فى صورة ان كان حرا أيضا لعين الدليل المذكور فى الكتاب فوجه ذكر هذه المسئلة فى باب اجارة العبد غير واضح فان المناسب أن يذكر فيه ما له اختصاص بالعبد من الاحكام والا فكثير من الاحكام المذكورة فى الابواب السابقة مشترك بين الحر والعبد ولا يقال ان كون الاجير عبدا أكثر من كونه حرا فبنى الامر على الاكثر اذ لا نسلم ان ذلك أكثر بل الظاهر أن كون الاجير حرا أكثر لاستقلاله وكثرة احتياجه الى الاجرة لانفاق نفسه وعياله وأيضا لو كان بناء الامر على ذلك الذكر سائر مسائل الاجير أيضا فى هذا الباب والله الموفق للصواب

(باب الاختلاف فى الاجارة)

لما فرغ من بيان أحكام اتفاق المتعاقدين وهو الاصل ذكر فى هذا الباب أحكام اختلافهما وهو الفرع اذ الاختلاف انما يكون بعارض

الحال وان اختلفا فى قدر الانقطاع فقال المستاجر عشرة أيام وقال الآجر خمسة أيام فالقول للمستاجر والبينة للآجر وهو يصلح مرجحا ان لم يصلح حجة فى نفسه اذ الترجيح أبدا انما يقع بما لا يصلح حجة وقد عرف فى أصول الفقه والله أعلم

(باب الاختلاف)

(قوله لو أنكر أصل الاذن كان القول قوله) أى لو أنكر عقد الاجارة كان القول قول رب الثوب فكذا

(باب الاختلاف فى الاجارة) لما فرغ عن ذكر أحكام اتفاق المتعاقدين وهو الاصل ذكر أحكام اختلافهما وهو الفرع لان الاختلاف انما يكون

(باب الاختلاف فى الاجارة)

لعارض قال (واذا اختلف الخياط ورب الثوب الخ) ان اختلف المتعاقدان فى الاجارة فى نوع المعقود عليه كالقباء والقميص فى الخياطة أو الحمرة والصفرة فالقول قول من يستفاد منه الاذن وهو صاحب الثوب عند علمائنا الثلاثة رحمهم الله لانه لو أنكر أصل الاذن كان القول له فكذا اذا أنكر صفته لكن بعد اليمين لانه أنكر مالو أقر به لزمه فان حلف فهو بالخيار ان شاء ضمنه وان شاء أخذه وأعطاه أجر مثله لا يجاوز به المسمى كما مر قبيل باب الاجارة الفاسدة فى قوله ومن دفع الى خياط ثوبا ليخيطه قميصا بدرهم فخاطه قباء واعترض بان هناك اتفق المتعاقدان على المأمور به والاجير خالف وههنا قد اختلفا فى ذلك فكيف تكون هذه مثل تلك وأجيب بانها مثلها انتهاء لا ابتداء لانه ذكر هذا الحكم هنا بعد يمين صاحب الثوب ولما حلف كان القول قوله فلم يبق لخلاف الآخر اعتبار فكانتا فى الحكم فى الانتهاء سواء وذكر فى بعض نسخ القدورى يضمنه أى يضمن صاحب الثوب للصباغ قيمة زيادة الصبغ فالاولى أعنى قوله لا يجاوز به المسمى ظاهر الرواية والثانية أعنى قوله يضمنه مازاد الصبغ فيه رواية ابن سماعة عن محمد ووجه الظاهر وهو الاصح أن الصبغ آلة للعمل المستحق على الصباغ بمنزلة الحرض والصابون فى عمل الغسال فلا يعتبر صاحب الثوب مشتريا للصبغ حتى تعتبر القيمة عند فساد السبب ووجه رواية محمد أن الصباغ بمنزلة الغاصب والحكم فى الغصب كذلك وان اختلفا فى وجود الاجرة فقال صاحب الثوب عملته لى بغير أجر وقال الصانع باجر فالقول لصاحب الثوب عند أبى حنيفة لانه ينكر تقوم عمله لان تقومه بالعقد وينكر الضمان والصانع يدعيه والقول قول المنكر وقال أبو يوسف ان كان الرجل حريفا له أى خليطا له وذلك بان تكررت تلك المعاملة بينهما باجر فله الاجر والا فلا لان سبق ما بينهما باجر يعين جهة الطلب باجر جريا على معتادهما وقال محمد ان كان الصانع معروفا بهذه الصنعة بالاجرة فالقول قوله الظاهر

قال (واذا حلف فالخياط ضامن) ومعناه ما مر من قبل أنه بالخيار ان شاء ضمنه وان شاء أخذه وأعطاه أجر مثله وكذا يخير فى مسئلة الصبغ اذا حلف ان شاء ضمنه قيمة الثوب أبيض وان شاء أخذ الثوب وأعطاه أجر مثله لا يجاوز به المسمى وذكر فى بعض النسخ يضمنه مازاد الصبغ فيه لانه بمنزلة الغصب (وان قال صاحب الثوب عملته لى بغير أجر وقال الصانع باجر فالقول قول صاحب الثوب) عند أبى حنيفة لانه ينكر تقوم عمله اذ هو يتقوم بالعقد وينكر الضمان والصانع يدعيه والقول قول المنكر (وقال أبو يوسف ان كان الرجل حريفا له) أى خليطا له (فله الاجر والا فلا) لان سبق ما بينهما يعين جهة الطلب باجر جريا على معتادهما (وقال محمد ان كان الصانع معروفا بهذه الصنعة بالاجر فالقول قوله) لانه لما فتح الحانوت لاجله جرى ذلك مجرى التنصيص على الاجر اعتبارا للظاهر والقياس ما قاله أبو حنيفة لانه منكر والجواب عن استحسانهما أن

(قوله واذا حلف فالخياط ضامن ومعناه ما مر من قبل انه بالخيار) يعنى به ما مر قبل باب الاجارة الفاسدة فى مسئلة ومن دفع الى خياط ثوبا ليخيطه قميصا بدرهم فخاطه قباء كذا فى الشروح واعترض بان المتعاقدين كانا هناك متفقين على أن المأمور به خياطة القميص والاجير خالف فخاط قباء وههنا قد اختلفا فى أصل المأمور به فعند اختلاف المسئلتين كيف يتحد الجواب وأجيب بانه اختلفت صورتا المسئلتين ابتداء ولكن اتحدتا انتهاء لانه ذكر هذا الحكم هنا بعد حلف صاحب الثوب ولما حلف كان القول قوله فلم يبق لخلاف الآخر اعتبار فكانتا فى الحكم فى الانتهاء سواء هذا خلاصة ما فى النهاية والعناية وقصد بعض الفضلاء أن يجيب عن هذا الاعتراض المذكور بوجه آخر فقال ولك أن تقول اذا كان الحكم ذلك اذا اتفقا فبالطريق الاولى اذا اختلفا مع أن التشبيه غير القياس انتهى (أقول) ليس ذلك بسديد أما أولا فلانهما اذا اتفقا على مخالفة المأمور به كان التعدى مقررا عندهما فيجب الضمان قطعا وأما اذا اختلفا فى المخالفة فلا تعدى على زعم الاجير ففى وجوب الضمان عليه نوع خفاء فكيف يصح أن يقال اذا كان الحكم ذلك أى الضمان اذا اتفقا فبالطريق الاولى اذا اختلفا وأما ثانيا فلان مورد الاعتراض هو قول المصنف ومعناه ما مر من قبل والمفهوم منه هو الاتحاد فى الحكم لا التشبيه فما معنى قوله مع أن التشبيه غير القياس فهلا هو لغو ههنا (قوله والجواب عن استحسانهما أن الظاهر للدفع والحاجة ههنا الى الاستحقاق) يعنى ان الحاجة ههنا الى الاستحقاق لا الى الدفع والظاهر انما يكون حجة للدفع دون الاستحقاق قال بعض الفضلاء فرق بين الظاهر والاستصحاب فالاول يصلح للاستحقاق كاخبار الآحاد انتهى (أقول) المراد بالظاهر ههنا ظاهر الحال وكون مثل هذا

اذا أنكر صفته (قوله ومعناه ما مر من قبل) أى قبل باب الاجارة الفاسدة فى مسئلة ومن دفع الى خياط ثوبا ليخيط قميصا بدرهم فخاطه قباء (قوله وذكر فى بعض النسخ) أى نسخ القدورى (قوله يضمنه ما زاد الصبغ فيه من الضمان) أى يضمن صاحب الثوب قيمة زيادة الصبغ لانه لما خالف أمر الآمر فى الوصف صار بمنزلة الغصب (قوله لانه ينكر تقوم عمله) اذ هو متقوم بالعقد ولا عقد ههنا حيث ادعى العمل بغير أجر ودعوى العمل بغير أجر اعانة والاعانة تبرع بالمنافع (قوله وينكر الضمان) أى وجوب الاجر (قوله حريفا له) الحرفة بالكسر اسم من الاحتراف وهو الاكتساب وحريف الرجل معامله

قال المصنف (لو أنكر أصل الاذن كان القول قوله) أقول فى الشرح الشاهانى أى لو أنكر عقد الاجارة أصلا كان القول لصاحب الثوب انتهى وفيه بحث

لانه لما فتح الحانوت لاجله جرى ذلك مجرى التنصيص على الاجر اعتبارا للظاهر والقياس ما قاله أبو حنيفة رضي الله عنه لانه منكر وماذكراه من الاستحسان مدفوع بان الظاهر يصلح للدفع والحاجة ههنا للاستحقاق لا للدفع ‎*‎(باب فسخ الاجارة)‎*‎ تاخير هذا الباب عما قبله ظاهر المناسبة اذ الفسخ يعقب العقد لا محالة قال (ومن استاجر دارا) تفسخ الاجارة لعيوب تضر بالمنافع التي وقعت الاجارة لاجلها وكذا بالاعذار عندنا خلافا للشافعي فاذا استأجر دارا (فوجد بها عيبا يضر بالسكنى فله الفسخ) وكذا اذا استاجر عبدا للخدمة فذهبت كانا عينيه وأما اذا كان عيبا لا يضر كحائط سقط لم يكن محتاجا اليه في السكنى أو ذهبت احدى عيني العبد فلا فسخ له (قوله لان المعقود عليه) دليل على ذلك ووجهه أن المعقود عليه هو المنافع وانها توجد شيأ فشيأ وكل ما كان كذلك فكل جزء منه بمنزلة الابتداء فكان العيب حادثا قبل القبض وذلك يوجب الخيار كما في البيع وعلى هذا لا فرق بين أن يكون العيب حادثا بعد قبض المستأجر أو

قبله لان الذي حدث بعد قبض المستأجر كان قبل قبض المعقود عليه وهو المنافع ثم المستأجر اذا استوفى المنفعة فقد رضي بالعيب فيلزمه جميع البدل كما في البيع فان المشتري اذا رضي بالمبيع المعيب ليس له الرد بعد ذلك وكذا اذا أزال المؤجر ما به من العيب لا خيار للمستأجر لزوال سببه (واذا خربت الدار أو انقطع شرب الضيعة أو انقطع الماء عن الرحى انفسخت الاجارة) وهذا قول بعض أصحابنا وصحح النقل هذا القائل بما ذكر في كتاب البيوع ولو سقطت الدار كلها فله أن يخرج سواء كان صاحب الدار شاهدا أو غائبا فيه اشارة الى أن عقد الاجارة ينفسخ بانهدام الدار لانه لو لم ينفسخ العقد لشرط حضرة صاحب الدار لانه رد بعيب وهو لا يصح الا بحضرة المالك بالاجماع واستدل المصنف على ذلك بقوله (لان المعقود عليه قد فات وهي المنافع المخصوصة قبل القبض فشابه فوات المبيع قبل القبض وموت العبد المستأجر ومن أصحابنا من قال ان العقد لا ينفسخ و) صحح النقل بما روى هشام (عن محمد فيمن استأجر دارا فانهدم فبناه المؤجر ليس للمستأجر أن يمتنع ولا للمؤجر وهذا تنصيص منه على أنه لم ينفسخ لكنه يفسخ) واستدل على ذلك بان المنافع فاتت على وجه يتصور عودها فاشبه اباق العبد المبيع (قوله ولو انقطع ماء الرحى والبيت مما ينتفع به لغير الطحن فعليه من الاجر بحصته

الظاهر للدفع والحاجة ههنا الى الاستحقاق والله أعلم ‎*‎(باب فسخ الاجارة)‎*‎

قال (ومن استأجر دارا فوجد بها عيبا يضر بالسكنى فله الفسخ) لان المعقود عليه المنافع وأنها توجد شيأ فشيأ فكان هذا عيبا حادثا قبل القبض فيوجب الخيار كما في البيع ثم المستأجر اذا استوفى المنفعة فقد رضي بالعيب فيلزمه جميع البدل كما في البيع وان فعل المؤجر ما أزال به العيب فلا خيار للمستاجر لزوال سببه قال (واذا خربت الدار أو انقطع شرب الضيعة أو انقطع الماء عن الرحى انفسخت الاجارة) لان المعقود عليه قد فات وهي المنافع المخصوصة قبل القبض فشابه فوت المبيع قبل القبض وموت العبد المستاجر ومن أصحابنا من قال ان العقد لا ينفسخ لان المنافع قد فاتت على وجه يتصور عودها فاشبه الاباق في البيع قبل القبض وعن محمد أن الآجر لو بناها ليس للمستاجر أن يمتنع ولا للآجر وهذا تنصيص منه على أنه لم ينفسخ لكنه يفسخ (ولو انقطع ماء الرحى والبيت مما ينتفع به لغير الطحن فعليه من الاجر بحصته)

الظاهر حجة للاستحقاق ممنوع وأما أخبار الآحاد فبمعزل عما نحن فيه فانها من الادلة اللفظية الظنية توجب العمل دون العلم عند الجمهور على ما عرف في الاصول والله الموفق للصواب واليه المرجع والمآب

‎*‎(باب فسخ الاجارة)‎*‎

وفسره ههنا بالخليط وأراد به من بينك وبينه أخذ واعطاء مثل ان كان الرجل يعامل قصارا وكان يدفع اليه الثوب باجرة ويقاطعه ودفع الثوب اليه في هذه النوبة ولم يقاطعه فله أجر مثل عمله أي القول قوله في انه عمله باجر وقال محمد رحمه الله من اتخذ دكانا وانتصب لعمل القصارة بالاجر فالقول قوله قال شيخ الاسلام رحمه الله وعليه الفتوى والله أعلم بالصواب ‎*‎(باب فسخ الاجارة)‎*‎

(قوله وانها توجد شيأ فشيأ) فكان هذا عيبا حادثا قبل القبض فيوجب الخيار وبهذا يندفع شبهة من قال ان عقد الاجارة لازم كالبيع ثم ان العيب اذا حدث في البيع بعدما قبضه المشتري ليس للمشتري ان يرده فكان ينبغي ان لا يرد بسبب العيب الحادث بعد القبض في الاجارة أيضا فقال ان العيب الحادث في الاجارة بمنزلة العيب الحادث في البيع قبل القبض لان المعقود عليه المنافع وانها توجد شيأ فشيأ فما وجد من العيب يكون حادثا قبل القبض فيوجب الخيار كما اذا حدث العيب في المبيع قبل القبض ثم المستأجر اذا استوفى المنفعة فقد رضي بالعيب فيلزمه جميع البدل كما في البيع اذا رضي بالعيب لا يرجع بالنقصان (قوله ما أزال به العيب) كاصلاح ما انهدم من الدار (قوله فاشبه الاباق في البيع) أي اذا أبق المبيع قبل القبض لا ينفسخ البيع كذا هنا (قوله وهذا تنصيص منه على انه لم ينفسخ لكنه يفسخ) أي قوله ليس للمستأجر أن

(قوله واعترض بان هناك اتفق المتعاقدان الخ) أقول ولك أن تقول اذا كان الحكم ذلك اذا اتفقا فبالطريق الاولى اذا اختلفا مع أن التشبيه غير القياس ودليل المسئلتين ما يجيء في الغصب من رعاية حق الجانبين قال المصنف (وقال محمد ان كان الصانع معروفا الخ) أقول قال الزيلعي والفتوى على قول محمد اه وما في النهاية والكفاية وغاية البيان قال شيخ الاسلام وعليه الفتوى وما في شرح الشاهان والفتوى على قول محمد اه ذكره جدي الشيخ الامام المحبوبي سقى الله ثراه في شرح الجامع الصغير (قوله وماذكراه من الاستحسان مدفوع بان الظاهر الخ) أقول فرق بين الظاهر والاستصحاب فالاول يصلح للاستحقاق كاخبار الآحاد ‎*‎(باب فسخ الاجارة)‎*‎

لانه جزء من المعقود عليه) أو رده استشهادا به على أنه لا ينفسخ بانقطاع الماء قال (واذا مات أحد المتعاقدين وقد عقد الاجارة لنفسه انفسخت لانه لو بقي العقد صارت المنفعة المملوكة به أو الاجرة المملوكة لغير العاقد مستحقة بالعقد لانه ينتقل بالموت الى الوارث وذلك لا يجوز) لان الانتقال من المورث الى الوارث لا يتصور في المنفعة والاجرة المملوكة لان عقد الاجارة ينعقد ساعة فساعة على المنافع فلو قلنا بالانتقال كان ذلك قولا بانتقال مالم يملك المورث الى الوارث وأما اذا عقدها لغيره كالوكيل والوصي والمتولي في الوقف (لم تنفسخ لانعدام ما أشرنا اليه) وهو صيرورة المنفعة لغير العاقد مستحقة بالعقد لانه ينتقل بالموت الى الوارث وذلك لا يجوز لان الانتقال من المورث الى الوارث لا يتصور في المنفعة والاجرة المملوكة فانه في الابتداء كان واقعا لغير العاقد وبقي بعد الموت كذلك ونوقض بما اذا استأجر دابة الى مكان معين فمات صاحب الدابة في وسط الطريق فان للمستأجر أن يركب الدابة الى المكان المسمى بالاجر فقد مات أحد المتعاقدين وقد عقد لنفسه ولم ينفسخ العقد وأجيب بان ذلك للضرورة فانه يخاف على نفسه وماله حيث لا يجد دابة أخرى في وسط المفازة ولا يكون ثمة قاض يرفع الامر اليه فيستأجر الدابة منه حتى قال بعض مشايخنا ان وجد ثمة دابة أخرى يحمل عليها متاعه تنتقض الاجارة وكذا لو مات في موضع فيه قاض تنتقض الاجارة لانه لا ضرورة الى ابقاء الاجارة مع وجود ما ينافي البقاء وهو موت المؤجر واذا ثبتت الضرورة كان عدم الانفساخ بالاستحسان الضروري والمستحسن لا يورد نقضا على القياس كتطهير الحياض والاواني ونوقض بما اذا مات الموكل فانه تنفسخ الاجارة ولم يعقد لنفسه وليس بلازم فانا قد قلنا ان كلما مات العاقد لنفسه انفسخ ولم يلتزم بان كلما انفسخ يكون بموت العاقد لان العكس غير لازم في مثله ووجه (ويصح

لانه جزء من المعقود عليه قال (واذا مات أحد المتعاقدين وقد عقد الاجارة لنفسه انفسخت) لانه لو بقي العقد تصير المنفعة المملوكة به أو الاجرة المملوكة لغير العاقد مستحقة بالعقد لانه ينتقل بالموت الى الوارث وذلك لا يجوز (وان عقدها لغيره لم تنفسخ) مثل الوكيل والوصي والمتولي في الوقف لانعدام ما أشرنا اليه من المعنى قال

ذكر باب الفسخ آخرا لان فسخ العقد بعد وجود العقد لا محالة فناسب ذكره آخرا (قوله واذا مات أحد المتعاقدين وقد عقد الاجارة لنفسه انفسخت لانه لو بقي العقد تصير المنفعة المملوكة به أو الاجرة المملوكة لغير العاقد مستحقة بالعقد لانه ينتقل بالموت الى الوارث وذلك لا يجوز) قال في العناية لان الانتقال من المورث الى الوارث لا يتصور في المنفعة والاجرة المملوكة لان عقد الاجارة ينعقد ساعة فساعة على المنافع فلو قلنا بالانتقال كان ذلك قولا بانتقال مالم يملك المورث الى الوارث انتهى كلامه (أقول) فيه بحث لانه قد مر في أول باب الاجر متى يستحق أن الاجرة تملك باحد معان ثلاثة اما بشرط التعجيل أو بالتعجيل من غير شرط أو باستيفاء المعقود عليه فلو قلنا بالانتقال في الصورتين الاوليين ثم اذا مات المؤجر لم يلزم القول بانتقال مالم يملك المورث الى الوارث لان المورث قد كان ملك الاجرة في حال حياته بتعجيل الاجرة أو بشرط تعجيلها فالتعليل الذي ذكره صاحب العناية وان تم في حق المنفعة لم يتم في حق الاجرة والاظهر في تعليل هذه المسئلة أن يفصل فيستدل على انفساخ الاجارة بموت كل واحد من المؤجر والمستأجر بعلة مستقلة كما وقع في الكافي وكثير من الشروح سيما في النهاية نقلا عن المبسوط حيث قال فيها ولنا طريقان أحدهما في موت المؤجر فنقول المستحق بالعقد المنافع التي تحدث على ملك المؤجر وقد فات ذلك بموته فتبطل الاجارة لفوات المعقود عليه لان رقبة الدار تنتقل الى الوارث والمنفعة تحدث على ملك صاحب الرقبة فلما أن الاجارة تتجدد في حق المعقود عليه بحسب ما يحدث من المنفعة وليس له ولاية الزام العقد في ملك الغير والطريق الآخر في موت المستأجر أنه لو بقي العقد بعد موته انما يبقى على أن يخلفه الوارث والمنفعة المجردة لا تورث ألا ترى أن المستعير اذا مات لا يخلفه وارثه في المنفعة وقد بينا أن المستعير مالك للمنفعة وهذا لان الوراثة خلافة ولا يتصور ذلك الا فيما يبقى وقتين ليكون ملك المورث في الوقت الاول ويخلفه الوارث فيه في الوقت الثاني والمنفعة

يمتنع أي عن القبض ولا للآجر أي عن التسليم تنصيص على انه لم ينفسخ لكنه يفسخ أي له حق الفسخ ولان أصل الموضع مسكن بعد انهدام البناء يتأتى فيه السكنى بنصب الفسطاط فبقي العقد بهذا ولكن لا أجر على المستأجر لعدم تمكنه من الانتفاع على الوجه الذي قصده بالاستئجار وقال محمد رحمه الله في السفينة المستأجرة اذا انقضت وصارت ألواحا ثم ركبت وأعيدت سفينة لم يجبر على تسليمها الى المستأجر وقال محمد رحمه الله لا تشبه هذه الدار لان السفينة بعد النقض اذا أعيدت صارت سفينة أخرى ألا ترى ان من غصب من آخر ألواحا وجعلها سفينة ينقطع حق المالك فاما عرصة الدار فلا تتغير بالبناء عليها (قوله لانه ينتقل بالموت الى الوارث وذلك لا يجوز) ما في موت الآجر فلان المنافع التي تحدث على ملكه هو المعقود عليه وبموته تنتقل رقبة

(قوله لانه لو بقي العقد صارت المنفعة المملوكة به الخ) أقول قوله به زائد لا طائل تحته بل مخل فان المنفعة ليست مملوكة للوارث بالعقد وهو ظاهر ولعله زيادة من الناسخ ويجوز أن يقال اللام متعلق بمستحقة لا بالمملوكة وقوله لانه ينتقل مبني على الفرض والتقدير والمعنى لو بقي العقد يلزم أن تصير المنفعة التي ملكها المستأجر بالعقد لقيام العقد وبقائه مستحقة لغير العاقد بالعقد ثم أقول المراد من غير العاقد في قولنا مستحقة لغير العاقد بالعقد وارث المستأجر

(ويصح شرط الخيار في الاجارة) وقال الشافعي رحمه الله لا يصح لان المستأجر لا يمكنه رد المعقود عليه بكماله لو كان الخيار له لفوات بعضه ولو كان للمؤجر فلا يمكنه التسليم أيضا على الكمال وكل ذلك يمنع الخيار ولنا أنه عقد معاملة لا يستحق القبض فيه في المجلس فجاز اشتراط الخيار فيه كالبيع والجامع بينهما دفع الحاجة وفوات بعض المعقود عليه في الاجارة لا يمنع الرد بخيار العيب فكذا بخيار الشرط

الموجودة في حياة المستاجر لا تبقى لتورث والتي تحدث بعدها لم تكن مملوكة له ليخلفه الوارث فيها فالملك لا يسبق الوجود واذا ثبت انتفاء الارث تعين بطلان العقد كعقد النكاح يرتفع بموت الزوج لان وارثه لا يخلفه فيه كذا في المبسوط الى هنا لفظ النهاية (قوله وقال الشافعي لا يصح لان المستاجر لا يمكنه رد المعقود عليه بكماله لو كان الخيار له لفوات بعضه ولو كان للمؤجر فلا يمكنه التسليم أيضا على الكمال وكل ذلك يمنع الخيار) أقول في هذا الدليل للشافعي شيء وهو انه قد تقرر عندهم أن الاجارة على نوعين نوع يرد العقد فيه على العمل كاستئجار رجل على صبغ ثوب أو خياطته ونوع يرد العقد فيه على المنفعة كاستئجار دار للسكنى وأرض للزراعة والدليل المزبور لا يتمشى في النوع الاول أصلا لان عدم امكان رد المعقود عليه بكماله وعدم امكان تسليمه أيضا على الكمال انما ينشأ من أن يتلف شيء من المعقود عليه بمضي مدة الخيار كما نبه عليه في الكافي والشروح وفي العقد على العمل لا يتلف شيء من المعقود عليه قبل العمل قطعا وكذا لا يتمشى في بعض من النوع الثاني وهو ما لا يتعين المعقود عليه فيه بالمدة بل يتعين بالتسمية كاستئجار دابة ليحمل عليها مقدارا

الدار ومنفعتها الى الوارث فتبطل الاجارة لفوات المعقود عليه لان تبدل الملك كتبدل المملوك ألا ترى انه لو باع الدار برضا المستأجر بطلت الاجارة لانتقال الملك فيها الى غيره وفي موت المستأجر لو بقي العقد بعد موته انه يبقى على ان يخلفه الوارث والمنفعة المجردة لا تورث ألا ترى ان المستعير لا يخلفه وارثه هذا لان الوراثة خلافة فلا يتصور ذلك الا فيما يبقى وقتين ليكون ملك المورث في الوقت الاول ويخلف الوارث فيه في الوقت الثاني كالعين واذا تعذر اثبات الارث تعين البطلان كعقد النكاح بخلاف ما اذا باشر العقد لغيره كالوصي والوكيل ومتولي الوقف لان العقد ينتقل الى ذلك الغير شرعا فلا يكون المستحق غير العاقد فانعدم ما ذكرنا من المعنى فان قيل لما كانت الاجارة تتجدد في حق المعقود عليه بحسب ما يحدث من المنفعة ينبغي ان تعمل اجازة الوارث فيه لان العين الذي يحدث فيه المنفعة صار ملكه كما في تصرف الفضولي قلنا انما لا يعمل اجازته لانه لم يتوقف على حقه عند العقد فلا يتوقف على اجازته والفقه ما بينا ان الوارث انما يقوم مقام المورث في املاكه لا في أقواله ولا في عقوده التي عقدها لنفسه وعليه كما اذا وهب شيئا ومات قبل التسليم أو وكل رجلا ببيع ماله فلم يبع حتى مات الموكل فان الوارث لا يقوم مقام المورث في هاتين المسئلتين لما قلنا انه لا يقوم مقامه في أقواله وهذا بخلاف النكاح حيث لا يبطل نكاح أمته بموت المولى لان ملك النكاح في حكم ملك العين فلا يثبت للوارث بملك رقبة الامة حق مما هو حق الزوج كما لو باعها المولى لا يبطل النكاح (قوله ويصح شرط الخيار) في الاجارة) ويعتبر أول المدة من وقت سقوط الخيار وقال الشافعي رحمه الله لا يصح لان جواز الاجارة عنده بطريق ان المنافع جعلت كالاعيان القائمة وانما يكون ذلك اذا اتصل ابتداء المدة بالعقد وباشتراط الخيار ينعدم ذلك لان ابتداء المدة من حين يسقط الخيار وان جعل ابتداء المدة من وقت العقد فشرط الخيار غير ممكن أيضا لان الخيار مشروط للفسخ فلا بد من ان يتلف شيء من المعقود عليه في مدة الخيار وذلك مانع من الفسخ ولو كان للمواجر فلا يمكنه التسليم أيضا لان المستأجر اذا استاجر دارا هذا الشهر مثلا فعلى الموجر التسليم شهرا بكماله فلما مضى بعض الشهر لا يمكنه التسليم على الكمال (قوله ولنا انه عقد معاملة) هذا احتراز عن النكاح فان مطلق المعاملة ينصرف الى المعاوضات وفي بعض النسخ انه عقد مقابلة أي معاوضة لان فيها تقابل العوضين وأما النكاح فالمال فيه ليس بمقصود فلا يكون من باب المعاوضة والمقابلة (قوله لا يستحق القبض فيه في المجلس) احترازا عن الصرف والسلم فان قبض البدل شرط في المجلس فلم يجز فيه شرط الخيار

نقضه هو أن المعنى الذي انفسخ العقد لاجله اذا مات العاقد لنفسه وهو ضرورة المنفعة المملوكة أو الاجرة المملوكة لغير من عقد له مستحقة بالعقد موجود فيه فانفسخ لاجله قال (ويصح شرط الخيار في الاجارة) اذا استاجر دارا سنة على أنه أو المؤجر فيها بالخيار ثلاثة أيام فهو جائز عندنا (وفي أحد قولي الشافعي لا يجوز لان الخيار ان كان للمستاجر لا يمكنه رد المعقود عليه بكماله لفوات بعضه وان كان للمؤجر فلا يمكنه تسليمه على الكمال لذلك وكل ذلك يمنع الخيار) وهذا بناء على أصله ان المنافع جعلت في الاجارة كالاعيان القائمة وفوات بعض العين في البيع يمنع الفسخ فكذا ههنا (ولنا انه عقد معاملة لا يستحق القبض فيه في المجلس وكل ما هو كذلك جاز اشتراط الخيار فيه والجامع دفع الحاجة) فانه لما كان عقد معاملة يحتاج الى التروي لئلا يقع فيه الغبن (وفوات بعض المعقود عليه فيه لا يمنع الرد بخيار العيب) كما تقدم (فكذا بخيار الشرط) قوله عقد معاملة احتراز عن النكاح وقوله لا يستحق القبض فيه في المجلس احتراز عن الصرف فان الخيار

بخلاف البيع وهذا لان رد الكل ممكن فى البيع دون الاجارة فيشترط فيه دونها ولهذا يجبر المستأجر على القبض اذا سلم المؤجر بعد مضى بعض المدة قال (وتفسخ الاجارة بالاعذار) عندنا وقال الشافعى رحمه الله لا تفسخ الا بالعيب لان المنافع عنده بمنزلة الاعيان حتى يجوز العقد عليها فاشبه البيع ولنا أن المنافع غير مقبوضة وهى المعقود عليها فصار العذر فى الاجارة كالعيب قبل القبض فى البيع فتفسخ به اذ المعنى يجمعهما وهو عجز العاقد عن المضى فى موجبه الا بتحمل ضرر زائد لم يستحق به وهذا هو معنى العذر عندنا (وهو كمن استأجر حدادا ليقلع ضرسه لوجع به فسكن الوجع أو استأجر طباخا ليطبخ له طعام الوليمة فاختلعت منه تفسخ الاجارة) لان فى المضى عليه الزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد (وكذا من استأجر دكانا فى السوق ليتجر فيه فذهب ماله وكذا من أجر دكانا أو دارا ثم أفلس ولزمته ديون لا يقدر على قضائها الا بثمن ما أجر فسخ القاضى العقد وباعها فى الديون) لان فى الجرى على موجب العقد الزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد وهو الحبس لانه قد لا يصدق على عدم مال آخر

معلوما أو يركبها مسافة سماها وانما يتمشى ذلك فيما يتعين المعقود عليه فيه بالمدة من النوع الثانى كاستئجار دار للسكنى فكان الدليل المزبور قاصرا عن افادة ما ادعاه الشافعى من عدم صحة شرط الخيار فى عقد الاجارة مطلقا فليتأمل (قوله ولنا أن المنافع غير مقبوضة وهى المعقود عليها فصار العذر فى الاجارة كالعيب قبل القبض فى البيع فتفسخ به الخ) قال ابن العز القول بفسخ الاجارة بالاعذار وموت أحد المتعاقدين من غير

(قوله بخلاف البيع) متعلق بقوله وفوات بعض المعقود عليه أى فوات بعض المعقود عليه فى الاجارة لا يمنع الرد بالخيار بخلاف البيع فان فوات بعض المعقود عليه فى البيع يمنع الرد بخيار العيب والشرط لما ان التكليف انما شرع بحسب الوسع والطاقة ففى البيع رد المبيع كما هو ممكن فاشترط فيه عدم فوات بعض المعقود عليه للرد لامكانه ولم يشترط فى الاجارة ذلك لعدم امكانه حتى لو اشترى شيئا ولم يعلم بانه معيب ثم حدث فى يد المشترى عيب آخر لم يجز له الرد بالعيب لفوات بعض المعقود عليه بالعيب الحادث (قوله فيشترط فيه دونه) أى فيشترط رد الكل فى عقد البيع لامكانه لا فى عقد الاجارة لعدم امكانه (قوله ولهذا يجبر المستأجر على القبض اذا سلم المؤجر بعد مضى بعض المدة) كما اذا استأجر دارا سنة فلم يسلمها اليه حتى مضى شهر وقد طلب التسليم أو لم يطلب ثم تحا كما لم يكن للمستاجر ان يمتنع من القبض فى باقى السنة عندنا لان الخيار لو ثبت انما يثبت لتفرق الصفقة فى المعقود عليه والعقد كما وقع وقع متفرقا فانه ينعقد ساعة فساعة على ما بينا فصار الجزء الثانى من المنفعة مستحقا بعقد آخر وما ملك بعقدين فتعذر التسليم فى أحد العقدين لا يؤثر فى الآخر وعند الشافعى رحمه الله للمستاجر حق الفسخ فيما بقى لان المنافع عنده كالاعيان فاذا فات بعض ما يتناوله العقد قبل القبض لا يجبر فيما بقى لاتحاد الصفقة كما لو اشترى شيئين فهلك أحدهما قبل القبض (قوله وتفسخ الاجارة بالاعذار عندنا وقال الشافعى رحمه الله لا تفسخ) بعذر و بغير عذر الا بالعيب وعند شريح رحمه الله تفسخ بعذر و بغير عذر لانه عقد على المعدوم كالعارية والحوالة للعاجة ولا حاجة الى اثبات صفة اللزوم (قوله اذ المعنى يجمعهما وهو عجز العاقد عن المضى بموجبه الا بتحمل ضرر زائد لم يستحق به) فان جواز هذا العقد للحاجة ولزومه لتوفر المنفعة على المتعاقدين فاذا آل الامر الى الضرر أخذنا فيه باصل القياس

فيه ما لا يصح وقوله (بخلاف البيع) متعلق بقوله وفوات بعض المعقود عليه (وانما كان فواته فى الاجارة لا يمنع الرد وفى البيع يمنع لان رد الكل فى البيع ممكن دون الاجارة فيشترط فيه دونها) لان التكليف انما يكون بحسب الوسع (ولهذا) أى ولان رد الكل ممكن فى البيع دون الاجارة (يجبر المستاجر على القبض اذا سلم المؤجر بعد مضى بعض المدة) لان التسليم بكماله غير ممكن وهذا عندنا خلافا للشافعى قال فى المبسوط اذا استاجر دارا سنة فلم يسلمها اليه حتى مضى شهر وقد طلب التسليم أو لم يطلب ثم تحا كما ليس للمستاجر أن يمتنع من القبض فى بقية السنة عندنا ولا للمؤجر أن يمنعه عن ذلك وقال الشافعى رحمه الله للمستاجر أن يفسخ العقد فيما بقى بناء على الاصل الذى بينا ان المنافع عنده فى حكم الاعيان القائمة فاذا فات بعض ما تناوله العقد قبل القبض يخير فيما بقى لاتحاد الصفقة وقد تفرقت عليه قبل التمام وذلك يثبت حق الفسخ قلنا الاجارة عقود متفرقة فلا يمكن فيها تفريق الصفقة وعلى هذا يكون قوله ولهذا يجبر المستأجر بيان فرع آخر لنا لا استشهادا حيث لم يكن الخصم قائلا به قال (وتفسخ الاجارة بالاعذار عندنا) تفسخ الاجارة بالاعذار عندنا (وعند الشافعى لا تفسخ الا بالعيب) بناء على ما مر مرارا (لان المنافع عنده بمنزلة الاعيان حتى يجوز العقد عليها) فكانت كالبيع والبيع لا يفسخ بالعذر فكذا الاجارة (ولنا ان المنافع غير مقبوضة وهى المعقود عليها فصار العذر فى الاجارة كالعيب قبل القبض فى البيع فتفسخ به) كالبيع (اذ المعنى المجوز للفسخ يجمع الاجارة والبيع جميعا وهو) أى المعنى الجامع (عجز العاقد عن المضى فى موجب العقد الا بتحمل ضرر زائد لم يستحق به وهذا هو معنى العذر عندنا) والشافعى محجوج بما اذا استاجر رجلا ليقلع ضرسه لوجع ثم زال الوجع أو استاجر انسانا ليتخذ وليمة العرس فماتت العروس أو استاجر رجلا ليقطع يده لاكلة وقعت بها ثم

(قوله ان المنافع عنده بمنزلة الاعيان الخ) أقول نفسها بدون اقامة الدار مقامها مثلا .

برأت فانه لايجبر المستاجر على قلع الضرس واتخاذ الوليمة وقطع اليد لامحالة لان فى المضى عليها الزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد وكذا الباقى ثم ذكر
اختلاف الروايات فى الاحتياج الى الحاكم فقال (ثم قوله) أى قول القدورى فى المختصر (فسخ القاضى اشارة الى الافتقار

ثم قوله فسخ القاضى العقد اشارة الى أنه يفتقر الى قضاء القاضى فى النقض وهكذا ذكر فى الزيادات فى عذر الدين وقال فى الجامع الصغير وكل ما ذكرنا أنه عذر فان الاجارة فيه تنتقض وهذا يدل على أنه لايحتاج فيه الى قضاء القاضى ووجهه أن هذا بمنزلة العيب قبل القبض فى المبيع على مامر فينفرد العاقد بالفسخ ووجه الاول أنه فصل مجتهد فيه فلابد من الزام القاضى ومنهم من وفق فقال اذا كان العذر ظاهرا لايحتاج الى القضاء لظهور العذر وان كان غير ظاهر كالدين يحتاج الى القضاء لظهور العذر (ومن استاجر دابة ليسافر عليها ثم بداله من السفر فهو عذر) لانه لو مضى على موجب العقد يلزمه ضرر زائد لانه ربما يذهب للحج فذهب وقته أو لطلب غريمه فحضر أو للتجارة فافتقر (وان بدا للمكارى فليس ذلك بعذر) لانه يمكنه أن يقعد ويبعث الدواب على يد تلميذه أو أجيره (ولو مرض المؤاجر فقعد فكذا الجواب) على رواية الاصل وروى الكرخى عن أبى حنيفة أنه عذر لانه لايعرى عن ضرر فيدفع عنه عند الضرورة دون الاختيار (ومن آجر عبده ثم باعه فليس بعذر) لانه لايلزمه الضرر بالمضى على موجب عقد وانما يفوته الاسترباح وانه أمر زائد (واذا استأجر الخياط غلاما فافلس وترك العمل فهو العذر) لانه يلزمه الضرر بالمضى على موجب العقد لفوات مقصوده وهو رأس ماله وتاويل المسئلة خياط يعمل لنفسه أما الذى يخيط باجر فرأس ماله الخيط والمخيط والمقراض فلا يتحقق الافلاس فيه (وان أراد ترك الخياطة وان يعمل فى الصرف فليس بعذر) لانه يمكنه أن يقعد الغلام للخياطة فى ناحية وهو يعمل فى الصرف فى ناحية وهذا بخلاف ما اذا استاجر دكانا للخياطة فاراد أن يتركها ويشتغل بعمل آخر حيث جعله عذرا ذكره فى الاصل لان الواحد لايمكنه الجمع بين العملين أما ههنا العامل شخصان

نص ولا اجماع ولا قول صحابى بل بمجرد الاعتبار بالفسخ بالعيب فيه نظر فانه عقد لازم ولا زالت الاعذار تحدث فى عقود الاجارات وقد يموت أحد المتعاقدين قبل انقضاء المدة ولم ينقل عن الصحابة الفسخ بذلك ولو كانت الاجارة تقبل الفسخ بذلك لنقل لتوفر الهمم على نقل مثله لاحتياج الناس اليه وقد نقل عنهم ما هو دون ذلك وجمهور العلماء على القول بعدم الفسخ للعذر وان كانوا قد اعتبروا العذر الكامل فيما لو اكترى من يقلع ضرسه فبرأ أو انقلع قبل قلعه أو اكترى كحالا ليكحل عينه فبرأت أو ذهبت فلا يقاس عليه ما هو دونه الى هنا كلامه (أقول) نظره ساقط جدا اذ لا يلزم من أن لايتحقق نص ولا اجماع ولا قول صحابى فى حق فسخ الاجارة بالاعذار أن لايصح القول بذلك فان القياس أحد الادلة الشرعية الاربعة على ما تقرر فى علم الاصول فيكفى

وقلنا العقد فى حكم المضاف فى حق المعقود عليه والاضافة فى عقود التمليكات تمنع اللزوم فى الحال كالوصية (قوله انه فصل مجتهد فيه) لان فيه خلاف الشافعى رحمه الله على ما ذكرنا فلابد من الزام القاضى قال شمس الائمة السرخسى رحمه الله وهو الاصح (قوله ومنهم من وفق فقال اذا كان العذر ظاهرا) بان ماتت المرأة أو اختلعت فيما اذا استاجر طباخا ليطبخ طعام الوليمة أو مات الولد فيما اذا استاجر الختان ليختنه (قوله وروى الكرخى رحمه الله انه عذر وهو) أى مرض المؤجر لانه لايعرى عن ضرر فيدفع عنه عند الضرورة وهو المرض دون الاختيار وهو ما اذا بداله من السفر وروى بشر عن أبى يوسف رحمه الله قال اذا امتنع رب الدابة من الخروج فهذا لايكون عذرا له وان مرض فهو عذر له لانه يقول غيرى لا ينفق على دابتى ولا يقوم بتعاهدها كقيامى واذا تعذر عليه الخروج للمرض يلحقه فى ابقاء العقد ضرر لم يلتزمه بالعقد (قوله ومن آجر عبده ثم باعه فليس بعذر) فان باعه مع هذا هل يجوز ففيه اختلاف الفاظ الروايات قال شمس الائمة السرخسى رحمه الله فى شرح اجارات الاصل والصحيح من الرواية ان البيع موقوف على سقوط حق المستاجر ليس للمستاجر ان يفسخ البيع واليه مال الصدر الشهيد رحمه الله (قوله تاويل المسئلة خياط يعمل لنفسه) وقيل

اليه فى النقض وهكذا ذكر فى الزيادات فى عذر الدين قال فى الجامع الصغير وكل ما ذكرنا انه عذر فان الاجارة فيه تنتقض وهذا يدل على انه لايحتاج فيه الى قضاء القاضى) وذكر وجهه فى الكتاب (وذكر فى وجه الاول انه فصل مجتهد فيه فلابد من الزام القاضى) وفيه مامر غير مرة وصحح شمس الائمة السرخسى ما ذكر فى الزيادات (وصحح قاضيخان والمحبوبى قول من وفق فقال اذا كان العذر ظاهرا لايحتاج الى القضاء لظهور العذر) أى لكونه ظاهرا (وان كان غير ظاهر) كالدين (يحتاج الى القضاء لظهور العذر) أى لان يظهر العذر (قوله ومن استاجر دابة ليسافر عليها ثم بداله من السفر) أى ظهر له فيه رأى منعه عن ذلك ظاهر خلامه واضح بينها (قوله ومن آجر عبده ثم باعه فليس بعذر) هو لفظ أصل الجامع الصغير لكن هل له أن يبيع بعد ما آجر اختلفت ألفاظ الروايات وقال شمس الائمة الصحيح من الرواية ان البيع موقوف على سقوط حق المستاجر وليس للمستأجر أن يفسخ البيع واليه مال الصدر الشهيد وقوله (أما الذى يخيط باجر فرأس ماله الخيط والمخيط والمقراض فلا يتحقق فيه الافلاس) قيل وقد يتحقق افلاسه بان تظهر

(قوله وفيه مامر غير مرة) أقول من أن خلاف الشافعى متاخر فكيف يبنى أئمتنا ما قالوا من جواب المسئلة على خلافه وجوابه حمل الاجتهاد على اجتهاد من تقدم ودعوى انتفائه غير مسلمة قال المصنف (ومن استاجر دابة ليسافر عليها ثم بداله الخ) أقول فاعل بداله ضمير والمعنى بداله رأى أى

حياكة عند الناس فيمتنعون عن تسليم الثياب اليه أو يلحقه ديون كثيرة و يصير بحيث ان الناس لا يأتمنونه على أمتعتهم (قوله ومن استأجر غلاما يخدمه فى المصر ثم سافر فهو عذر) قيل فان قال المؤجر انه لا يريد السفر ولكنه يريد فسخ الاجارة وأصر المستأجر على دعوى السفر فالقاضى يسأله عمن يسافر معه فان قال فلان وفلان فالقاضى يسألهم ان فلانا هل يخرج معكم أولا فان قالوا نعم ثبت العذر والا فلا وقيل ينظر القاضى الى زيه وثيابه فان كانت ثيابه ثياب السفر يجعله مسافرا والا فلا وقيل اذا أنكر المؤجر السفر فالقول قوله وقيل يحلف القاضى المستأجر بالله انك عزمت على السفر واليه مال الكرخى والقدورى رحمهما الله *(مسائل منثورة)* معنى المسائل المنثورة قد تقدم وحصد الزرع أى جذه والحصائد جمع حصيد وحصيدة وهما الزرع المحصود والمراد بها ههنا ما يبقى من أصول القصب المحصود فى الارض ومعناه ظاهر وقيل هذا اذا كانت الريح هادنة قال فى النهاية بالنون من هدن أى سكن وفى نسخة هادئة من هدأ بالهمز أى سكن وهذا التفصيل الذى ذكره من الهادئة والمطربة اختيار شمس الائمة السرخسى (قوله واذا أقعد الخياط الخ) يعنى اذا كان الخياط أو الصباغ معروفا وهو رجل مشهور عند الناس وله جاه ولكنه غير حاذق فاقعد فى دكانه

رجلا حاذقا ليتقبل صاحب الدكان العمل من الناس و يعمل الحاذق وجعلا ما يحصل من الاجرة بينهما نصفين جاز استحسانا وفى القياس لا يجوز لان رأس مال صاحب الدكان المنفعة وهى لا تصلح رأس مال الشركة ولان المتقبل للعمل على ماذكر صاحب الدكان فيكون العامل أجيرا بالنصف وهو مجهول وان تقبل العمل العامل كان مستأجرا لموضع جلوسه من دكانه بنصف ما يعمل وهو مجهول والطحاوى رحمه الله مال الى وجه القياس وقال القياس عندى أولى من الاستحسان ووجه الاستحسان ان هذه ليست باجارة وانما هى شركة الصنائع وهى شركة التقبل لان شركة التقبل أن يكون ضمان العمل عليهما وأحدهما يتولى القبول من الناس والآخر يتولى العمل قال لحذاقته وهو متعارف فوجب القول بجوازها للتعامل بها قال صلى الله عليه وسلم ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن فان قيل شركة التقبل هى أن يشتركا على أن يتقبلا الاعمال وههنا ليس كذلك بل هما اشتركا فى الحاصل من الاجر أجيب بان الشركة فى الخارج تقتضى اثبات الشركة فى التقبل فثبت فيه اقتضاء اذ ليس فى كلامهما الا تخصيص أحدهما بالتقبل والآخر بالعمل ذكرا وتخصيص الشئ بالذكر لا يدل على نفى ما عداه فامكننا اثبات الشركة فى التقبل اقتضاء فكأنهما اشتركا فى التقبل صريحا ولو صرحا بشركة التقبل ثم تقبل أحدهما وعمل الآخر جاز فكذا هذا هذا هو المذكور فى عامة الشروح لما ذكره المصنف فانه قال

فامكنهما (ومن استأجر غلاما يخدمه فى المصر ثم سافر فهو عذر) لانه لا يعرى عن الزام ضرر زائد لان خدمة السفر أشق وفى المنع من السفر ضرر وكل ذلك لم يستحق بالعقد فيكون عذرا (وكذا اذا أطلق) لما مر أنه يتقيد بالحضر بخلاف ما اذا آجر عقارا ثم سافر لانه لا ضرر اذ المستأجر يمكنه استيفاء المنفعة من المعقود عليه بعد غيبته حتى لو أراد المستأجر السفر فهو عذر لما فيه من المنع من السفر أو الزام الاجر بدون السكنى وذلك ضرر

(مسائل منثورة)

تحقق ذلك فى اثبات حكم شرعى وقد تحقق فيما نحن فيه كما أشار اليه المصنف بقوله فصار العذر فى الاجارة كالعيب قبل القبض فى البيع فتفسخ به و بين الجامع بقوله اذ المعنى يجمعهما وهو عجز العاقد عن المضى فى موجبه الا بتحمل ضرر زائد لم يستحق بالعقد وانما لا يجوز الاستدلال بالقياس لو ورد نص يدل على خلاف ذلك أو انعقد اجماع على خلاف ذلك ولم يقع شئ منهما فيما نحن فيه وكون عقد الاجارة عقدا لازما وكثرة حدوث الاعذار فى عقود الاجارات مما لا يقدح أصلا فى العمل بالقياس فى حكم فسخ عقد الاجارة بالاعذار وكذا مجرد أن لا ينقل الفسخ بذلك عن الصحابة لا يقدح فى صحة القياس عند تحقق شرائطه والحاصل أن جملة ما تشبث به فى ترويج نظره هنا أضعف من بيت العنكبوت ثم ان ما ذكره كله منقوض بما اعترف به من ان العذر الكامل معتبر فانه لم يرد فى ذلك العذر أيضا نص ولم ينعقد عليه اجماع ولم ينقل عن الصحابة فيه شئ فالمدار فى ذلك أيضا هو القياس

(مسائل منثورة)

لا يحتاج الى التاويل فان الخياط الذى يعمل للناس قد يعجز عن ذلك بان تظهر خيانته عند الناس فيتحاشون عن معاملته وتسليم العمل اليه (قوله وكذا اذا أطلق) بان قال استاجرت منك هذا العبد للخدمة ولم يقل فى الحضر أو فى السفر (قوله بخلاف ما اذا آجر العقار ثم سافر) وفى الذخيرة ولو اراد رب العبد ان يسافر لا يكون ذلك عذرا له فى فسخ الاجارة لانه يمكنه ايفاء المعقود عليه من غير ان يحبس نفسه فى مكان معين بان يخرج الى السفر ويخلى بين المستاجر و بين العبد فعلم ان ذكر العقار ليس بقيد والله أعلم *(مسائل منثورة)*

ظهر له رأى يمنعه من السفر *(مسائل منثورة)* (قوله فيكون العامل أجيرا بالنصف وهو مجهول) أقول وأيضا هو من قبيل قفيز الطحان (قوله وأحدهما يتولى القبول من الناس) أقول فيه بحث فان تعين أحدهما لتولى القبول ليس بلازم فى شركة التقبل ولعل مراده كونه متناولا لها فى العبارة مسامحة (قوله أجيب بان الشركة فى الخارج) أقول يعنى الخارج من العمل

قال (ومن استاجر أرضا أو استعارها فاحرق الحصائد فاحترق شيء من أرض أخرى فلا ضمان عليه) لانه غير متعد في هذا التسبيب فاشبه حافر البئر في دار نفسه وقيل هذا اذا كانت الرياح هادئة ثم تغيرت أما اذا كانت مضطربة يضمن لان موقد النار يعلم أنها لا تستقر في أرضه قال (واذا أقعد الخياط أو الصباغ في حانوته من يطرح عليه العمل بالنصف فهو جائز)

أي مسائل نثرت عن أماكنها وذكرت هنا تلافيا لما فات (قوله واذا أقعد الخياط أو الصباغ في حانوته من يطرح عليه العمل بالنصف فهو جائز) صورة المسئلة اذا كان للخياط أو الصباغ دكان معروف وهو رجل مشهور عند الناس وله وجاهة ولكنه غير حاذق فيقعد في دكانه رجلا حاذقا ليتقبل العمل من الناس ويعمل ذلك الرجل على ان ما أصابا من شيء فهو بينهما نصفان وهذا في القياس فاسد لان رأس مال صاحب الدكان المنفعة والمنفعة لا تصلح رأس مال الشركة ولان المتقبل للعمل ان كان صاحب الدكان فالعامل أجيره بالنصف وهو مجهول لان الاجرة اذا كانت نصف ما يخرج من عمله كانت مجهولة لا محالة وان كان المتقبل هو العامل فهو مستأجر لموضع جلوسه من دكانه بنصف ما يعمل وذلك أيضا مجهول والطحاوي أخذ في هذه المسئلة بالقياس وقال القياس عندي أولى من الاستحسان وفي الاستحسان يجوز هذا لان هذا شركة التقبل في العمل بابدانهما سواء فيصير رأس مال أحدهما التقبل ورأس مال الآخر العمل وكل واحد منهما يجب به الاجر فجاز كذا في النهاية والكفاية وقال صاحب العناية وجه الاستحسان ان هذه ليست باجارة وانما هي شركة الصنائع وهي شركة التقبل لان شركة التقبل أن يكون ضمان العمل عليهما وأحدهما يتولى القبول من الناس والآخر يتولى العمل لحذاقته وهو متعارف فوجب القول بجوازها للتعامل بها اه كلامه ورد عليه بعض الفضلاء قوله وأحدهما يتولى القبول من الناس حيث قال فيه بحث فان تعين أحدهما لتولي القبول ليس بلازم في شركة التقبل ولعل مراده كونه من متناولاتها ففي العبارة مسامحة اه (أقول) منشأ توهمه جعل الواو في قول صاحب العناية وأحدهما يتولى القبول للعطف وحمل المعنى على بيان تعين أحدهما لتولي القبول في شركة التقبل وليس شيء من ذلك بمراد بل الواو فيه للحال

(قوله فاحرق الحصائد) حصد الزرع جزه حصدا أو حصادا من باب طلب وضرب والحصائد جمع حصيد وحصيدة وهما الزرع المحصود واريد بها هنا ما بقي في الارض من اصول القصب المحصود (قوله لانه غير متعد في هذا التسبيب) والضمان طريق التسبيب يعتمد التعدي في السبب ألا ترى ان من حفر بئرا في داره فوقع فيها انسان فهلك لا يضمن الحافر لانه غير متعمد ولو رمى سهما في ملكه فاصاب نفسا أو مالا فهلك يضمن لانه مباشر فلم يتوقف على التعدي وهذا لان المباشرة علة فلا يبطل حكمها بعذر فاما السبب فليس بعلة فلا بد من صفة العدوان ليلحق بالعلة واحراق الحصائد هنا مباح وليس بتعد فلا يضاف التلف اليه قال شمس الائمة السرخسي رحمه الله هذا اذا كانت الرياح هادئة حين أوقد النار ثم تغيرت لانه لا صنع له في تغير الرياح فاما اذا كانت الرياح مضطربة فينبغي ان يضمن لان موقد النار في يوم الريح يعلم ان النار لا تستقر في ارضه ولكن الريح تذهب بها الى ارض الجيران فصار كانه القى في أرضهم (قوله واذا اقعد الخياط او الصباغ في حانوته من يطرح عليه العمل بالنصف فهو جائز) لان هذه شركة الوجوه في الحقيقة فهذا بوجاهته يقبل وهذا بحذاقته يعمل صورة المسئلة اذا كان للقصار أو الصباغ دكان معروف وهو رجل مشهور عند الناس وله وجاهة ولكنه غير حاذق فيقعد في دكانه رجلا حاذقا يقبل العمل من الناس ويعمل ذلك الرجل على ان ما أصابا من شيء فهو بينهما نصفان وهذا في القياس فاسد لان رأس مال صاحب الدكان المنفعة والمنافع لا تصير رأس مال الشركة ولان المتقبل للعمل ان كان صاحب الدكان فالعامل اجيره بالنصف وهو مجهول لان الاجرة اذا كانت نصف ما يخرج من عمله كانت مجهولة لا محالة وان كان المتقبل هو العامل فهو مستاجر لموضع جلوسه من دكانه بنصف ما يعمل وذلك مجهول أيضا وفي الاستحسان يجوز هذا لان هذا شركة التقبل وفي العمل بابدانهما سواء فيصير رأس مال أحدهما

لان هذه شركة الوجوه في الحقيقة فهذا بوجاهته يقبل وهذا بحذاقته يعمل فينتظم بذلك المصلحة فلا تضره الجهالة فيما يحصل قال (ومن استأجر جملا يحمل عليه محملا وراكبين الى مكة جاز وله المحمل المعتاد) وفي القياس لا يجوز وهو قول الشافعي للجهالة وقد يفضي ذلك الى المنازعة وجه الاستحسان أن المقصود هو الراكب وهو معلوم والمحمل تابع وما فيه من الجهالة يرتفع بالصرف الى المتعارف فلا يفضي ذلك الى المنازعة وكذا اذا لم ير الوطاء والدثر قال (وان شاهد الجمال الحمل فهو أجود) لانه أنفى للجهالة وأقرب الى تحقق الرضا قال (وان استأجر بعيرا ليحمل عليه مقدارا من الزاد فأكل منه في الطريق جاز له أن يرد عوض ما أكل) لانه استحق عليه حملا مسمى في جميع الطريق فله أن يستوفيه (وكذا غير الزاد من المكيل والموزون) ورد الزاد معتاد عند البعض كرد الماء فلا مانع من العمل بالاطلاق

والمعنى ان شركة التقبل أن يكون ضمان العمل عليهما حال كون أحدهما يتولى القبول من الناس فيفهم منه بطريق الاولوية كون الضمان عليهما حال أن يتوليا القبول من الناس معا فيصير قول صاحب العناية هنا بمنزلة قول صاحب الكافي لان تفسير شركة التقبل أن يكون ضمان العمل عليهما وان كان أحدهما يتولى القبول من الناس لجاهه والآخر يتولى العمل لحذاقته اهـ فلا محذور في عبارة صاحب العناية ولا مسامحة * ثم اعلم ان صاحب العناية ليس بمتفرد في التعبير بتلك العبارة بل سبقه اليه صاحب معراج الدراية حيث قال لان تفسير شركة التقبل أن يكون ضمان العمل عليهما وأحدهما يتولى القبول من الناس لجاهه والآخر يتولى العمل لحذاقته وهو متعارف ووجب القول بصحته انتهى (قوله لان هذه شركة الوجوه في الحقيقة فهذا بوجاهته يقبل وهذا بحذاقته يعمل فينتظم بذلك المصلحة فلا تضره الجهالة فيما يحصل) قال الامام الزيلعي في شرح الكنز قال صاحب الهداية هذه شركة الوجوه في الحقيقة فهذا بوجاهته يقبل وهذا بحذاقته يعمل فيه نوع اشكال فان تفسير شركة الوجوه أن يشتركا على أن يشتريا شيأ بوجوههما ويبيعا وليس في هذه بيع ولا شراء فكيف يتصور أن تكون شركة الوجوه وانما هي شركة الصنائع على ما بينا الى ههنا كلامه (أقول) ليس مراد المصنف بشركة الوجوه في قوله لان هذه شركة الوجوه في الحقيقة ما هو المصطلح عليه المار في كتاب الشركة بل مراده بها ههنا ما وقع فيه تقبل العمل بالوجاهة يرشد اليه قوله فهذا بوجاهته يقبل وهذا بحذاقته يعمل فيندفع الاشكال ولا يمتنع كونها شركة الصنائع والتقبل على المعنى المصطلح عليه في كتاب الشركة وقال صدر الشريعة في شرح الوقاية في الهداية حمله على شركة الوجوه وفيه نظر لانه شركة الصنائع والتقبل فكأن صاحب الهداية أطلق شركة الوجوه عليها لان أحدهما يقبل العمل بوجاهته الى هنا كلامه وقال بعض الفضلاء بعد نقل ما ذكره صدر الشريعة ولا يخفى عليك ان في قوله في الحقيقة نوع نبوة عن هذا انتهى (أقول) ان قول المصنف في الحقيقة ليس للاحتراز عن كونها شركة أخرى بل هو للاحتراز عن كونها اجارة وان مراده بالحقيقة ما يقابل الظاهر والصورة لا ما يقابل المجاز فالمعنى ان هذه المعاقدة وان كانت بحسب الصورة وظاهر الحال عقد اجارة بالنصف الا أنها بحسب حقيقة الحال عقد شركة الوجوه أي عقد شركة التقبل بالوجاهة فلا نبوة عن هذا في شئ تأمل تقف

التقبل ورأس مال الآخر العمل وكل واحد منهما يجب به الاجر كذا في النهاية (قوله لان هذه شركة الوجوه في الحقيقة فهذا بوجاهته يقبل) وكان الاخر يشاركه على ان يتقبل الاعمال فتقبل احدهما وعمل الآخر فيكون الاجر بينهما كما لو صرحا بشركة التقبل ثم تقبل احدهما وعمل الآخر يكون الاجر بينهما وكذا اذا شاركه على ان يشتريا بوجوههما ثم اشترى احدهما يشاركه الآخر فيه وهذا أقرب الى شركة التقبل من شركة الوجوه الا انه انما قال هذه شركة الوجوه في الحقيقة تمثيلا ان قبول الاستاذ العمل لوجاهته (قوله للجهالة) أي لجهالة قدر المحمل من الطول والعرض والثقل والوطاء الفرش والدثر جمع دثار وهو كل ما ألقيته عليك من كساء وغيره (قوله ورد الزاد معتاد عند البعض) هذا جواب اشكال وهو ان يقال مطلق العقد محمول على

لان هذه شركة الوجوه في الحقيقة ولكن قوله فهذا بوجاهته يقبل وهذا بحذاقته يعمل أنسب بشركة التقبل والله أعلم واذا كانت شركة لا اجارة لم تضره الجهالة فيما يحصل كما في الشركة وقوله (ومن استاجر جملا ليحمل عليه محملا) ظاهر والوطاء الفراش والدثر جمع دثار وهو ما يلقى عليك من كساء أو غيره (قوله ورد الزاد معتاد) جواب عما يقال مطلق العقد ينصرف الى المتعارف ومن عادة المسافرين انهم يأكلون من الزاد ولا يردون شيأ مكانه ووجهه ان العرف مشترك فانه معتاد عند البعض كرد الماء والعرف المشترك لا يصلح مقيدا فلا مانع

قال المصنف (لان هذه شركة الوجوه في الحقيقة الخ) أقول قال صدر الشريعة في شرح الوقاية في الهداية حمله على شركة الوجوه وفيه نظر لانه شركة التقبل والصنائع فكأن صاحب الهداية أطلق شركة الوجوه عليها لان أحدهما يتقبل العمل بوجاهته انتهى ولا يخفى عليك أن في قوله

من العمل بالاطلاق وهو أنهما أطلقا العقد على حمل قدر معلوم فى مسافة معلومة ولم يقيد بعدم رد ما نقص من المجهول فوجب جواز رد قدر ما نقص عملا بالاطلاق وهو عدم المانع والله أعلم *(كتاب المكاتب)* قال فى النهاية أورد عقد الكتابة بعد عقد الاجارة لمناسبة أن كل واحد منهما عقد يستفاد به المال بمقابلة ما ليس بمال على وجه يحتاج فيه الى ذكر العوض بالايجاب والقبول بطريق الاصالة ولهذا وقع الاحتراز عن البيع والهبة والطلاق والعتاق يعنى أن قوله بمقابلة ما ليس بمال خرج به البيع والهبة بشرط العوض وقوله بطريق الاصالة خرج به النكاح والطلاق والعتاق على مال فان ذكر العوض فيها ليس بطريق الاصالة وذكر فى بعض الشروح أن ذكر كتاب المكاتب عقيب كتاب العتاق كان أنسب ولهذا ذكره الحاكم الشهيد فى الكافى عقيب كتاب العتاق لان الكتابة مآلها الولاء والولاء حكم من أحكام العتق أيضا وليس كذلك لان العتق اخراج الرقبة عن الملك بلا عوض والكتابة ليست كذلك بل فيها ملك الرقبة لشخص ومنفعته لغيره وهو أنسب للاجارة لان نسبة الذاتيات أولى من نسبة العرضيات وقدم الاجارة لشبهها بالبيع من حيث التمليك والشرائط فكان أنسب بالتقديم والكتابة عقد بين المولى وعبده بلفظ الكتابة وما يؤدى معناه من كل وجه فقوله عقد يخرج تعليق العتق على مال فان المراد به ما يحتاج الى ايجاب وقبول وذلك غير مشروط فى التعليق فان التعليق يتم بالمولى كذا فى النهاية وأما الاعتاق على مال فانه وان كان عقدا لاحتياجه الى الايجاب والقبول لكنه خرج بقوله بلفظ الكتابة أو ما يؤدى معناه والفرق بينهما من حيث المعنى أن المكاتب بالعجز يعود رقيقا دون العتق على مال وسببها امر غير مرة من تعلق البقاء المقدور وشرطها قيام الرق فى المحل وكون المسمى مالا معلوما قدره وجنسه وحكمها من جانب العبد انفكاك الحجر فى الحال وثبوت ملك اليد حتى يكون المكاتب أحق بمكاسبه وثبوت الحرية اذا أدى بدل الكتابة وفى جانب المولى ثبوت ولاية مطالبة البدل فى الحال ان كانت حالة والملك فى البدل اذا قبضه وألفاظها الدالة على ذلك قوله لعبده كاتبتك على مائة دينار اذا قال قبلت كان ذلك كتابة ولو قال جعلت عليك ألفا تؤديها الى نجوما أول نجم كذا وآخره كذا فاذا أديتها فانت حر وان عجزت فانت رقيق كان كتابة قال (واذا كاتب المولى عبده أو أمته الخ) اذا كاتب المولى عبده أو أمته على مال شرطه عليه بما ذكرنا من الالفاظ الدالة على ذلك وقبل العبد ذلك صار مكاتبا أما جواز هذا العمل من المولى فلقوله تعالى فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا ودلالته على مشروعية العقد لا تخفى على عارف بلسان العرب سواء كان الامر للوجوب أو لغيره ولما كان مقصود المصنف رحمه الله بيان حكم آخر خلاف المشروعية وهو أن الكتابة عقد واجب

(كتاب المكاتب)

قال (واذا كاتب المولى عبده أو أمته على مال شرطه عليه وقبل العبد ذلك صار مكاتبا) أما الجواز فلقوله تعالى

(كتاب المكاتب)

قال صاحب النهاية أورد عقد الكتابة بعد عقد الاجارة لمناسبة أن كل واحد منهما عقد يستفاد به المال بمقابلة ما ليس بمال على وجه يحتاج فيه الى ذكر العوض بالايجاب والقبول بطريق الاصالة وبهذا وقع الاحتراز عن البيع والطلاق والعتاق اهـ (أقول) ان قوله وبهذا وقع الاحتراز عن البيع والطلاق والعتاق مستدرك بل مختل لانه يرد عليه أن يقال ان وقع الاحتراز بهذا الذى ذكره عن غير تلك الاشياء الثلاثة أيضا فما معنى تخصيص تلك الثلاثة بالذكر وان لم يقع الاحتراز به عن غيرها فما فائدة بيان وقوع الاحتراز به عن تلك الثلاثة فقط اذ ينتقض حينئذ ما ذكره فى وجه المناسبة بغيرها من الاغيار وبعبارة أخرى انه ان وجب الاطراد فى وجوه المناسبات بين كتب هذا الفن لزم أن لا يتحقق شئ من تلك الوجوه فى غير ما ذكر فيه فيلزم فيما نحن فيه الاحتراز عن جميع ما عداه فلا معنى لتخصيص الاحتراز عن تلك الاشياء الثلاثة

العادة وفى عادات المسافرين انهم يأكلون من الزاد ولا يردون شيأ مكانه فاجاب ان العرف مشترك فانه معتاد عند البعض فكان العمل بالاطلاق أولى وهو ان المكارى قبل الحل المسمى من موضع ذلك واما يكون ذلك برد ما انتقص من الزاد فلا مانع من العمل بالاطلاق

(كتاب المكاتب)

فى الحقيقة نوع نبوة عن هذا *(كتاب المكاتب)* قال الدميرى فى شرح المنهاج الكتابة تعليق عتق بصفة تضمنت معاوضة منجمة ولفظها اسلامى لا يعرف فى الجاهلية قيل وأول من كوتب عبد لعمر رضى الله عنه يقال له أبو أمية (قوله وذكر فى بعض الشروح) أقول يعنى غاية البيان (قوله ولهذا ذكره الحاكم الشهيد فى الكافى الخ) أقول عبارة الاتقانى ولهذا ذكر الحاكم الشهيد فى الكافى كتاب المكاتب وكتاب الولاء عقيب كتاب العتاق ولان الكتابة مآلها العتق بمال والولاء حكم من أحكام العتق أيضا انتهى ومن هذا ظهر لك تصرف الشارح فى عبارته وتغييره الى ما لا يرضاه صاحبه فان ذكره الولاء لبيان مناسبته للعتاق لا لبيان مناسبة المكاتب للعتاق وقوله والكتابة ليست كذلك ان أراد انها لا اخراج فيه فهو كالمكابرة ألا يرى أنه اخراج اليد حالا والرقبة مآلا وان أراد أنها ليست بلا عوض فسلم ولا تمس الحاجة الى المناسبة فى جميع أجزاء مفهومه ممنوع أن اعتبار انتفاء العوض فى مفهوم العتق غير مسلم أيضا وكيف والعتق على مال باب من أبوابه وقوله لان نسبة الذاتيات أولى من نسبة العرضيات محل تأمل فليتأمل

فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا

بالذكر وان لم يجب الاطراد فيها بل كفى تحقق كل منها فيما ذكر فيه سواء تحقق ذلك في غيره أيضا أم لا لم يكن فائدة في بيان وقوع الاحتراز بما ذكره فيما نحن فيه عن تلك الاشياء الثلاثة سيما اذا لم ينحصر ما يقع الاحتراز بذلك عنه في تلك الثلاثة والتحقيق ان المناسب في وجوه المناسبات بين هذه الكتب هو الاطراد وان الوجه الذي ذكره صاحب النهاية ههنا ليس بمتحقق في غير ما نحن فيه أصلا كما يظهر بالتامل الصادق فكان مطردا فلا وجه لتخصيص تلك الاشياء الثلاثة بالذكر من بين ما وقع عنه الاحتراز بذلك الوجه ثم ان صاحب العناية نقل ماذكر في النهاية وبين المراد منه حيث قال قال في النهاية أورد عقد الكتابة بعد عقد الاجارة لمناسبة ان كل واحد منهما عقد يستفاد به المال بمقابلة ما ليس بمال على وجه يحتاج فيه الى ذكر العوض بالايجاب والقبول بطريق الاصالة وبهذا وقع الاحتراز عن البيع والهبة والطلاق والعتاق يعني ان قوله بمقابلة ما ليس بمال خرج به البيع والهبة بشرط العوض وقوله بطريق الاصالة خرج به النكاح والطلاق والعتاق على مال فان ذكر العوض فيها ليس بطريق الاصالة الى هنا لفظ العناية (أقول) في كل واحد من نقله وبيانه اختلال أما في نقله فلان الهبة غير مذكورة في شيء من نسخ النهاية وقد ضمها في النقل الى البيع والطلاق والعتاق وأما في بيانه فلانه قيد الهبة في البيان بشرط العوض وأطلقها في أثناء النقل ولا شك ان قوله بمقابلة ما ليس بمال يخرجها عن الاطلاق اذ الهبة بلا شرط عوض لا مقابلة فيها أصلا فتخرج بقوله بمقابلة ما ليس بمال كما تخرج به الهبة بشرط العوض فلا وجه للتقييد في البيان وأيضا لم يكن النكاح مذكورا في نسخ النهاية ولا فيما نقله عنها وقد تعرض في البيان لخروج النكاح أيضا بقوله بطريق الاصالة ولا يخفى ما فيه وأيضا كان الطلاق والعتاق مطلقين في المنقول وقد قيد ما في البيان بكونهما على مال وجعلهما خارجين بقوله بطريق الاصالة ولم يذكر خروج الطلاق والعتاق بغير مال بشيء من القيدين مع انهما يخرجان بقيد المقابلة في قوله بمقابلة ما ليس بمال كما ذكرنا في الهبة بلا شرط عوض فتأمل وقال صاحب غاية البيان ان ذكر المكاتب عقيب كتاب العتاق كان أنسب ولهذا ذكر الحاكم الشهيد في الكافي كتاب المكاتب وكتاب الولاء عقيب كتاب العتاق لان الكتابة مآلها العتق بمال والولاء حكم من أحكام العتق أيضا انتهى ونقله صاحب العناية فزيفه حيث قال وذكر في بعض الشروح ان ذكر كتاب المكاتب عقيب كتاب العتاق كان أنسب ولهذا ذكره الحاكم الشهيد في الكافي عقيب كتاب العتاق لان الكتابة مآلها الولاء والولاء حكم من أحكام العتق أيضا وليس كذلك لان العتق اخراج الرقبة عن الملك بلا عوض والكتابة ليست كذلك بل فيها مالك الرقبة لشخص ومنفعته لغيره وهو أنسب للاجارة لان نسبة الذاتيات أولى من نسبة العرضيات الى هنا لفظ العناية (أقول) في نقله خطأ لان المذكور في كلام صاحب الغاية لان الكتابة مآلها العتق وقد قال صاحب العناية في النقل لان الكتابة مآلها الولاء وبينهما بون ولا يخفى ان مقصود صاحب العناية بقوله لان الكتابة مآلها العتق بيان المناسبة بين العتاق والكتابة وبقوله والولاء حكم من أحكام العتق أيضا بيان المناسبة بين العتاق والولاء أيضا وكان صاحب العناية حسب مجموع الكلامين بيانا للمناسبة بين العتاق والكتابة فوقع فيما وقع من تغيير العبارة في النقل تدبر ثم ان بعض الفضلاء بعد ما تنبه لما في نقل صاحب العناية من الخروج عن سنن السداد قصد رد تزييفه أيضا فقال وقوله والكتابة ليست كذلك ان أراد به أنها لا اخراج فيه فهو كالمكابرة ألا يرى انه اخراج اليد حالا والرقبة مآلا وان أراد به أنها ليست بلا عوض فمسلم ولا تمس الحاجة الى المناسبة في

أن يعمل أو مندوب أو مباح تعرض لذلك بقوله

الكتابة التصر يريدا في الحال ورقبة عند أداء المال وهذا التركيب يدل على الجمع ومنه كتب الكتاب لانه جمع الحروف وضم بعضها الى بعض وكتب الشفاء خرزه والكتيبة الطائفة من الجيش فسمي هذا العقد الذي جرى بين المولى وعبده كتابة لانه لا يخلو عن كتب الوثيقة عادة وركنها الايجاب والقبول وحكمها صيرورة

جميع

جميع أجزاء مفهومه مع ان اعتبار انتفاء العوض فى مفهوم العتق غير مسلم أيضا وكيف والعتق على مال باب من أبوابه وقوله لان نسبة الذاتيات أولى من نسبة العرضيات محل تأمل الى هنا كلامه (أقول) يمكن دفع ذلك كله بان مراد صاحب العناية أن العتق اخراج الرقبة عن الملك حالا بلا شرط عوض والكتابة ليست كذلك أى ليس فيها اخراج الرقبة عن الملك حالا وليست بلا شرط عوض بل هى بشرط عوض فيسقط ماذكره ذلك القائل فى كل من شقى ترديده أما سقوط ماذكره فى شقه الاول فلانه لاشك فى أن ليس فى الكتابة اخراج الرقبة عن الملك حالا وان وجد فيها مطلق الاخراج وأما سقوط ماذكره فى شقه الثانى فان الكلام فى الانسبية لافى مجرد المناسبة فلا تمشية لقوله ولا تمس الحاجة الى المناسبة فى جميع اجزاء مفهومه ثم انه لما كان مراد صاحب العناية بقوله بلا عوض بلا شرط عوض لا بشرط لا عوض كما نبهنا عليه من قبل لم يفد قول ذلك القائل مع ان اعتبار انتفاء العوض فى مفهوم العتق غير مسلم لان اعتبار انتفاء العوض فى مفهوم العتق مما لا يدعيه أحد وانما يلزم ذلك ان لو كان المراد بقوله بلا عوض بشرط لا عوض وأما اذا كان المراد به بلا شرط عوض فيعم ما بشرط العوض أيضا اذ قد تقرر فى موضعه ان بلا شرط شئ أعم من بشرط شئ ومن بشرط لا شئ فيصير المعتبر فى مفهوم العتق انتفاء اعتبار العوض لا اعتبار انتفاء العوض فيدخل فيه العتق على مال لان عدم اعتبار شئ ليس اعتبار عدمه كما عرف ثم ان مراد صاحب العناية بالذاتيات فى قوله لان نسبة الذاتيات أولى من نسبة العرضيات ماهو الداخل فى المفهوم وبالعرضيات ماهو الخارج عنه اذ قد تقرر فى موضعه ان الذاتيات فى الامور الاعتبارية ما اعتبره المعتبر داخلا فيها والعرضيات ما اعتبره خارجا عنها بخلاف الحقائق النفس الامرية ففى الكتابة كون ملك الرقبة لشخص وهو المولى وكون المنفعة لغيره وهو المكاتب داخل فى مفهومها المعتبر عند أهل الشرع وأما العتق فامر خارج عن مفهومها وانما هو مآلها الحاصل عند أداء كل البدل وكذا الولاء أمر خارج عنه فانه حكم من أحكام العتق فكان مناسبة الكتابة بالاجارة من حيث الذاتية وبالعتق من حيث العرضية فكانت أنسب للاجارة من العتق ثم ان كثيرا من الشراح قالوا وقدم الاجارة لشبهها بالبيع من حيث التمليك والشرائط فكان أنسب بالتقديم * ثم أقول هذا أمر عجيب منهم فان مجرد شبهها من بعض الحيثيات بالبيع الذى من بينه وبينها كتب كثيرة غير شبيهة بالبيع من تلك الحيثيات وغيرها فكيف يجعل ههنا وجها لتقديمها على الكتابة وهل تقبله الفطرة السليمة والحق عندى ان وجه تقديم الاجارة هو المناسبة الكائنة بينها وبين ماذكر قبلها المبينة فى صدر كتاب الاجارات فان تلك المناسبات لما اقتضت ذكر الاجارة عقيب ماذكر قبلها وهو الهبة اقتضت أيضا بالضرورة تقديم الاجارة على المكاتب ولا يفوت أمر التعقيب ثم ان صاحب العناية قال الكتابة عقد بين المولى وعبده بلفظ الكتابة أو ما يؤدى معناه من كل وجه اهـ (أقول) هذا تعريف خال عن التحصيل قريب من تعريف الشئ بنفسه فان من لا يعلم معنى الكتابة فى الشرع لا يعلم ان العقد الجارى بين المولى وعبده بلفظ الكتابة أو ما يؤدى معناه ماذا بل معرفة الثانى تتوقف على معرفة الاول كما لا يخفى ولعل الباعث على وقوع صاحب العناية فى هذا المضيق ان صاحب النهاية لما قال وأما الكتابة شرعا فانها عبارة عن عقد بين المولى والعبد بلفظ الكتابة أو بلفظ يؤدى معناه من كل وجه على ما يجئ على أداء العبد مالا معلوما مقابلة عتق يحصل له عند أدائه اهـ حسب صاحب العناية ان تعريف الكتابة شرعا قد انتهى عند قوله أو بلفظ يؤدى معناه من كل وجه فقطع به الكلام فى كتابه وليس الامر كما حسبه فان قول صاحب النهاية على أداء العبد مالا معلوما الخ من تمام التعريف متعلق بقوله عقد بين المولى والعبد بيان للمعقود عليه والمعقود به فيحصل بالمجموع معرفة معنى الكتابة شرعا كما ترى ثم ان الاظهر فى تعريفها الشرعى ماذكر فى الكافى والكفاية بان يقال الكتابة تحرير يدا فى الحال ورقبة عند أداء المال وماذكر فى الوقاية وغيرها بان يقال الكتابة اعتاق المملوك يدا حالا ورقبة مآلا

العبد أخص بنفسه ومنافع نفسه من سيده حتى لا يبقى له عليه ولا على اكسابه سبيل وشرط جوازها قيام الرق فى المحل

وهذا ليس أمر ايجاب باجماع بين الفقهاء وانما هو أمر ندب هو الصحيح وفي الحمل على الاباحة الغاء الشرط اذ هو مباح بدونه أما الندبية معلقة به

فليتبصر (قوله وهذا ليس أمر ايجاب باجماع بين الفقهاء) قال تاج الشريعة وصاحب الكفاية خص الفقهاء لان عند أصحاب الظواهر كداود والاصفهاني ومن تابعه ان هذا أمر ايجاب حتى اذا طلب العبد من مولاه الكتابة وقد علم المولى فيه خيرا وجب عليه أن يكاتبه اه (أقول) بقي اشكال وهو أن صاحب الكشاف قال في تفسير هذه الآية وهذا الامر للندب عند عامة العلماء وعن الحسن ليس ذلك بعزم ان شاء كاتب وان شاء لم يكاتب وعن عمر رضي الله عنه هي عزمة من عزمات الله وعن ابن سيرين مثله وهو مذهب داود اه فعلى هذا كيف يتم القول بان هذا الامر ليس للايجاب باجماع بين الفقهاء وعمر رضي الله عنه من أجلة الصحابة المعروفين بالفقه والرواية وابن سيرين رحمه الله تعالى من أعيان التابعين وكبار الفقهاء والصالحين وعن هذا قالوا جالس الحسن أو ابن سيرين فقول عمر وابن سيرين بالوجوب ينافي ادعاء الاجماع بين الفقهاء في أن ليس هذا الامر للايجاب اللهم الا أن يقال ان ما ذكر في الكشاف انما يدل على أن الوجوب في هذا الامر رواية محضة عن عمر وابن سيرين لا أنه مذهبهما المقرر وكلام المصنف بناء على ما كان مذهبا مقررا بين الفقهاء فتأمل وقال صاحب معراج الدراية و بقوله باجماع الفقهاء يحترز عن قول داود ومن تابعه وعمرو بن دينار وعطاء ورواية صاحب التقريب من أصحاب الشافعي ورواية عن أحمد فانهم قالوا تجب الكتابة اذا سأل العبد اذا كان ذا أمانة وذا كسب اذ الامر يفيد الوجوب على تقدير علم الخيرية اه كلامه (أقول) فيه نظر فان كثيرا من هؤلاء فقهاء سيما الشافعي وأحمد فكيف يتم الاحتراز بقوله باجماع الفقهاء عن قولهم بالايجاب في هذا الامر وقولهم بذلك ينافي ادعاء اجماع الفقهاء على عدم الايجاب في هذا الامر فاني يصح الاحتراز به عنه اللهم الا أن يكون مدار الاحتراز على عدم تسليم فقه بعضهم وعلى عدم تسليم ثبوت قول بعضهم بذلك بناء على عدم الاعتداد برواة القول بذلك فتأمل (قوله وانما هو أمر ندب هو الصحيح) هذا احتراز عما قال بعض مشايخنا ان الامر للاباحة لا للندب كما في قوله تعالى واذا حللتم فاصطادوا وقوله تعالى ان علمتم فيهم خيرا مذكور على وفاق العادة فانها جرت على أن المولى انما يكاتب عبده اذا علم فيه خيرا كذا في الشروح (أقول) بهذا وبما مر آنفا من قول بعض العلماء بكون الامر فيه للوجوب يظهر اختلال ما ذكره الامام الزاهدي في شرح مختصر القدوري في المقام حيث قال وانه للندب باجماع الامة انتهى اذ قد علم منهما أن كون الامر للندب في فكاتبوهم ليس مما وقع عليه اجماع الامة بل وقع فيه اختلافهم ولكن المختار هو القول بانه للندب كما هو مذهب أكثر العلماء (قوله وفي الحمل على الاباحة الغاء الشرط اذ هو مباح بدونه) تقريره أن في الحمل على الاباحة الغاء الشرط وهو قوله ان علمتم فيهم خيرا لان الاباحة ثابتة بدونه بالاتفاق وكلام الله منزه عن ذلك كذا في العناية وغيرها واعترض عليه بعض الفضلاء حيث قال فيه ان مفهوم الشرط لا اعتبار له عندنا اه (أقول) هذا ساقط لان معنى عدم اعتبار مفهوم الشرط عندنا أن التقييد بالشرط لا يدل على نفي الحكم عما عداه لا ان ليس في ذكره فائدة أصلا فان هذا لا يليق بكلام البشر فضلا عن كلام خالق القوى والقدر نعم يرد على ذلك منع أن في الحمل على الاباحة الغاء الشرط المذكور بل فيه

(قوله وهذا ليس أمر ايجاب باجماع بين الفقهاء) خص الفقهاء لان عند أصحاب الظواهر كداود الاصفهاني ومن تابعه هذا أمر ايجاب اذا طلب العبد من مولاه ان يكاتبه وقد علم المولى فيه خيرا يجب عليه أن يكاتبه لان الامر يفيد الوجوب (قوله وانما هو أمر ندب هو الصحيح) وقال بعض مشايخنا الامر قد يكون لبيان الاباحة كقوله تعالى واذا حللتم فاصطادوا وقوله ان علمتم فيهم خيرا مذكور على وفاق العادة لان المولى انما يكاتب عبده اذا علم فيه خيرا ولكن هذا ضعيف لان فيه الغاء الشرط اذ الاباحة ثابتة بدون هذا الشرط

وهذا ليس أمر ايجاب باجماع الفقهاء وأشار بذلك الى نفي قول من يقول اذا طلب العبد من مولاه الكتابة وقد علم المولى فيه خيرا وجب عليه أن يكاتبه لان الامر للوجوب وقال انما هو أمر ندب هو الصحيح احترازا عما قال بعض مشايخنا أن الامر للاباحة كقوله تعالى واذا حللتم فاصطادوا وقوله ان علمتم فيهم خيرا مذكور على وفاق العادة فانها جرت على أن المولى انما يكاتب عبده اذا علم فيه خيرا وقال ففي الحمل على الاباحة الغاء للشرط بيان لكونه للندب وتقريره أن في الحمل على الاباحة الغاء الشرط لانها ثابتة بدونه بالاتفاق وكلام الله تعالى منزه عن ذلك وفي الحمل على الندب اعمال له لان الندبية

(قوله وتقريره أن في الحمل على الاباحة الغاء الشرط) أقول فيه أن مفهوم الشرط لا اعتبار له عندنا مع أن الشارح ذكر أنه ذكر على

والمراد

معلقة به وذلك لان المراد بالخير المذكور على ما قال بعضهم أن لا يضر بالمسلمين بعد العتق فان كان يضر بهم فالافضل أن لا يكاتبه وان فعل صح فيجب حمله على الندب وأما اشتراط القبول من العبد فلانه مال يلزمه فلا بد من الالتزام ولا يعتق الا باداء كل البدل وهو قول جمهور الفقهاء لقوله صلى الله عليه وسلم أيما عبد كوتب على مائة دينار فاداها الا عشرة دنانير فهو عبد وقال عليه الصلاة والسلام المكاتب عبد ما بقي عليه درهم وفيه أي في وقت عتق المكاتب اختلاف الصحابة رضي الله عنهم فعند علي رضي الله عنه

يعتق بقدر ما أدى وعند ابن عباس رضي الله عنهما يعتق كما أخذ الصحيفة من مولاه يعني بنفس العقد لان الصحيفة عند ذلك تكتب وعند ابن مسعود رضي الله عنه يعتق اذا أدى قيمة نفسه وعند زيد بن ثابت رضي الله عنه بما ذكرنا وهو المختار ويعتق اذا أدى جميع بدل الكتابة وان لم يقل المولى اذا أديتها فانت حر وقال الشافعي رضي الله عنه لا يعتق ما لم يقل كاتبتك على كذا على انك اذا أديته الي فانت حر لان الكتابة ضم نجم الى نجم فلو نص على ذلك وقال ضربت عليك ألفا على أن تؤديها الي في كل شهر كذا لم يعتق فكذا هذا ولنا أن موجب العقد يثبت من غير تصريح به وموجبه ههنا

وفاق العادة (قوله وذلك لان المراد بالخير المذكور على ما قال بعضهم الخ) أقول فيه بحث فانه على هذا التقرير لا يلزم الغاء الشرط لو حمل على الاباحة فانه اذا لم يعلم فيه خير يكون ترك الكتابة مندوبا والاباحة كما لا يخفى (قوله وعند ابن عباس رضي الله عنهما يعتق الى قوله تكتب) أقول فيه تامل

(قوله وانا أن موجب العقد يثبت من غير تصريح الخ) أقول قال في الحواشي الجلالية نقلا من المبسوط فكان حاصل الاختلاف بيننا وبينه راجعا الى تفسير الكتابة فعندنا تفسيرها شرعا ضم حرية اليد الى حرية الرقبة عند الاداء فكأنه قال أوجبت حرية اليد في الحال وحرية الرقبة عند الاداء ولو كان نص على هذا لكان يعتق عند الاداء كذا هنا وعند الشافعي تفسيرها شرعا ضم نجم الى نجم لا ضم حرية الى حرية انتهى لا يخفى عليك أن ما ذكره من الضم ليس بتفسير الكتابة بل موجب العقد كما نص عليه المصنف

والمراد بالخير المذكور على ما قيل أن لا يضر بالمسلمين بعد العتق فان كان يضر بهم فالافضل أن لا يكاتبه وان كان يصح لو فعله وأما اشتراط قبول العبد فلأنه مال يلزمه فلا بد من التزامه ولا يعتق الا باداء كل البدل لقوله عليه الصلاة والسلام أيما عبد كوتب على مائة دينار فاداها الا عشرة دنانير فهو عبد وقال عليه الصلاة والسلام المكاتب عبد ما بقي عليه درهم وفيه اختلاف الصحابة رضي الله عنهم وما اخترناه قول زيد بن ثابت رضي الله عنه ويعتق بادائه وان لم يقل المولى اذا أديتها فانت حر لان موجب العقد يثبت من غير التصريح به كما في البيع

فائدة وهي اخراج الكلام على مجرى العادة كما صرح به من قال بالاباحة على ما ذكر في عامة الشروح (قوله والمراد بالخير المذكور على ما قيل أن لا يضر بالمسلمين بعد العتق فان كان يضر بهم فالافضل أن لا يكاتبه وان كان يصح لو فعله) أقول لقائل أن يقول فعلى هذا لا يكون في الحمل على الاباحة الغاء الشرط لان عقد الكتابة يصير بدون الشرط حينئذ مكروها لا مباحا اذ قد تقرر في علم الاصول أن المباح ما استوى طرفا فعله وتركه وأن المكروه ما كان طرف تركه أولى واذا كان الافضل عند انتفاء الشرط المذكور على المعنى المزبور أن لا يكاتبه كان جانب الترك أولى فيصير عقد الكتابة اذ ذاك مكروها لا مباحا فينافي قوله فيما قبل وفي الحمل على الاباحة الغاء الشرط اذ هو مباح بدونه فليتأمل (قوله لقوله عليه الصلاة والسلام أيما عبد كوتب على مائة دينار فاداها الا عشرة دنانير فهو عبد الخ) قال تاج الشريعة فان قلت اختلاف الصحابة في المسئلة وتكلمهم فيها بالرأي يدل على زيافة الحديث كما عرف ولهذا زيفنا ما روى أصحاب الشافعي أنه عليه الصلاة والسلام قال ابتغوا في أموال اليتامى خيرا كي لا تأكلها الزكاة في ايجاب الزكاة في مال الصبي بان الصحابة رضي الله عنهم اختلفوا في هذه المسئلة ولم يحتج أحد منهم بهذا الحديث قلت جاز أنه ما بلغ اليهم اهـ كلامه (أقول) في الجواب بحث لانه مشترك الالزام اذ يجري في كل موضع وقع فيه اختلاف الصحابة أن يقال جاز أن لم يبلغ اليهم الحديث فيلزم أن لا يتم الاستدلال باختلاف الصحابة في مسئلة وتكلمهم فيها بالرأي على زيافة حديث قط مع أنه خلاف ما عرف والاظهر في الجواب أن يمنع كون اختلاف الصحابة في هذه المسئلة بالرأي ويقال يجوز أن يكون اختلافهم فيها باعتبار ورود حديث آخر بخلاف ذلك كما روى أنه عليه الصلاة والسلام قال اذا أصاب المكاتب ميراثا ورث بحساب ما عتق منه وروى أنه عليه الصلاة والسلام قال يؤدي المكاتب بحصة ما أدى دية حر وبما بقي دية عبد كما ذكر في بعض الكتب والذي يدل على زيافة الحديث انما هو اختلافهم بالرأي لان استعمال الرأي في موضع النص لا يجوز على ما عرف في الاصول (قوله ويعتق بادائه وان لم يقل المولى اذا أديتها فانت حر لان موجب العقد يثبت من غير التصريح به كما في البيع) وعند الشافعي لا يعتق ما لم

(قوله وفيه اختلاف الصحابة رضي الله عنهم) قال زيد بن ثابت رضي الله عنه مثل قولنا وقال علي رضي الله عنه يعتق بقدر ما أدى وقال ابن مسعود رضي الله عنه اذا أدى قدر قيمته يعتق وفيما زاد على ذلك يكون المولى غريما من غرمائه وقال ابن عباس رضي الله عنهما يعتق بنفس العقد ويكون المولى غريما من غرمائه وانما اخترنا قول زيد رضي الله عنه لقوله عليه السلام أيما عبد كوتب على مائة دينار فاداها الا عشرة دنانير فهو عبد (قوله لان موجب العقد يثبت من غير التصريح به) وعند الشافعي رحمه الله لا يعتق ما لم يقل كاتبتك على كذا ان أديته الي فانت حر) وحاصل الاختلاف راجع الى تفسير الكتابة فعندنا تفسيرها شرعا ضم حرية اليد الى حريته

صم حرية اليد الحاصل فى الحال الى حرية الرقبة عند أداء البدل فيثبت وان لم يصرح به كما فى البيع فانه يثبت الملك به وان لم يصرح بكونه موجبه ولا يجب حط شئ من البدل اعتبارا بالبيع وقال الشافعى يستحق عليه حط ربع البدل وهو قول عثمان رضى الله عنه لظاهر قوله تعالى وآتوهم من مال الله الذى آتاكم فان الامر المطلق للوجوب والجواب ان دلالة الآية على ذلك خفية جدا لانه قال من مال الله وهو يطلق على أموال القرب كالصدقات والزكوات فكان الله أمرنا أن نعطى المكاتبين من صدقاتنا ليستعينوا به على أداء الكتابة والمأمور به الايتاء وهو الاعطاء والحط لا يسمى اعطاء والمال الذى آتانا الله هو ما فى أيدينا لا الوصف الثابت فى ذمة المكاتبين فحمله على حط ربع بدل الكتابة عمل بلا دليل ولو سلم فالمراد به الندب كالذى فى قوله فكاتبوهم لا يقال القران فى النظم لا يوجب القران فى الحكم لانا لم نجعل القران موجبا بل نقول الامر المطلق عن قرينة غير الوجوب بالوجوب وقوله فكاتبوهم قرينة لذلك قال (ويجوز أن يشترط المال حالا) بدل الكتابة يجوز أن يشترط كونه حالا ومؤجلا غير منجم ومنجما عندنا (وقال الشافعى لا بد من نجمين لانه عاجز عن التسليم فى قليل من الزمان) لخروجه من يده مفلسا ولم يكن قبل العقد أهلا لملك المال والعاجز عن التسليم لا بد له من أجل يقدر به على تسليم البدل فان قيل المسلم اليه عاجز عن التسليم لانه لو قدر عليه لما رضى بأخس البدلين فلا بد له من أجل أجاب بقوله

ولا يجب حط شئ من البدل اعتبارا بالبيع قال (ويجوز أن يشترط المال حالا ويجوز مؤجلا ومنجما) وقال الشافعى رحمه الله لا يجوز حالا ولا بد من نجمين لانه عاجز عن التسليم فى زمان قليل لعدم الاهلية قبله للرق

يقل كاتبتك على كذا على أنك ان أديته الى فانت حر قال كثير من الشراح وحاصل الاختلاف بيننا وبينه راجع الى تفسير الكتابة فعندنا تفسيرها شرعا ضم حرية اليد الى حرية الرقبة عند الاداء فكأنه قال أوجبت حرية اليد فى الحال وحرية الرقبة عند أداء المال ولو نص على هذا عتق عند الاداء كذا هذا وعند الشافعى تفسيرها ضم نجم الى نجم ولو نص عليه بان قال ضربت عليك ألفا على أن تؤديها الى كل شهر كذا لم يعتق كذا هذا انتهى كلامهم وقال بعض الفضلاء بعد نقل هذا عن الحواشى الجلالية منقولا فيها عن المبسوط لا يخفى عليك أن ما ذكره من الضم ليس بتفسير الكتابة بل موجب العقد كما نص عليه المصنف انتهى (أقول) تنصيص المصنف عليه ممنوع كما لا يخفى على الناظر فى عبارته ههنا بل لا يبعد أن يدعى تنصيصه على خلافه بعد صحيفة حيث قال أما الخروج من يده فلتحقيق معنى الكتابة وهو الضم انتهى ولئن سلم ذلك فكون الضم المذكور موجب العقد لا ينافى كونه تفسير الكتابة لان موجب الشئ من لوازمه وتفسير الشئ بلازمه ليس بعزيز كما هو حال الرسوم عامة ولئن سلم ذلك أيضا فيجوز أن يكون معنى قولهم راجع الى تفسير الكتابة راجع الى تفسير موجب الكتابة على حذف المضاف كما هو الطريقة الشائعة المسماة بالمجاز بالحذف ومنها قوله تعالى وجاء ربك أى أمر ربك وقوله تعالى واسئل القرية أى أهل القرية الى غير ذلك فلا معنى لرد كلام الثقات بما هو وهم محض (قوله ولا يجب حط شئ من البدل اعتبارا بالبيع) وقال الشافعى يستحق عليه حط ربع البدل وهو قول عثمان رضى الله عنه لظاهر قوله تعالى وآتوهم من مال الله الذى آتاكم فان الامر المطلق للوجوب والجواب ان دلالة الآية على ذلك ممنوعة لانه قال من مال الله وهو يطلق على أموال القرب كالصدقات والزكوات فكأن الله تعالى أمرنا أن نعطى المكاتبين من صدقاتنا ليستعينوا به على أداء الكتابة والمأمور به الايتاء وهو الاعطاء والحط لا يسمى اعطاء والمال الذى آتانا الله هو ما فى أيدينا لا الوصف الثابت فى ذمة المكاتبين فحمله على حط ربع بدل الكتابة عمل بلا دليل ولو سلم فالمراد به الندب كالذى فى قوله فكاتبوهم لا يقال القران فى النظم لا يوجب القران فى الحكم لانا لم نجعل القران موجبا بل نقول الامر المطلق عن قرينة غير الوجوب للوجوب وقوله فكاتبوهم قرينة لذلك كذا فى العناية (أقول) فيه نظر لان قوله تعالى فكاتبوهم لا يصلح أن يكون قرينة لكون الامر فى قوله وآتوهم لغير الوجوب بدون ملاحظة ايجاب القران فى نظم القرآن فى الحكم اذ لا دلالة فى مجرد كون أمر لغير الوجوب على كون أمر آخر أيضا كذلك حتى يجعل كون الامر فى قوله بعد فكاتبوهم للندب

الرقبة عند الاداء فكأنه قال أوجبت لك حرية اليد الى حرية الرقبة عند الاداء ولو نص لكان يعتق عند الاداء كذا هذا وعلى مذهبه تفسيرها ضم نجم الى نجم لا ضم حرية الى حرية ولو نص عليه لا يعتق بان قال ضربت عليك ألفا على أن تؤديها الى كل شهر كذا هذا فى المبسوط (قوله ولا يجب حط شئ من البدل) وقال الشافعى رحمه الله يجب حط ربع البدل لقوله تعالى وآتوهم من مال الله الذى آتاكم وعن على رضى الله عنه موقوفا عليه ومرفوعا الى رسول الله عليه السلام انه قرأ هذه الآية وقال هو ربع الكتابة ولنا انه عقد معاوضة ولا يجب الحط فى سائر المعاوضات كذا فيها وهذا لان الكتابة سبب لوجوب مال الكتابة على العبد فلا تكون سببا بعينه لاستحقاق الحط الذى يضاد الوجوب كالبيع والامر للندب كالامر بالكتابة وعن الكلبى المراد بالايتاء دفع

بخلاف

(قوله والجواب أن دلالة الآية على ذلك خفية جدا) أقول الانسب لسياق كلامه ان يقول لا دلالة فى الآية على ذلك (قوله وقوله فكاتبوهم قرينة لذلك) أقول فيه تامل فان كونه قرينة مانعة للعمل على الوجوب غير مسلم

بخلاف السلم على أصله لانه أهل للملك قبل العقد لكونه حرا فكان احتمال القدرة ثابتا وقد دل الاقدام على العقد عليها فيثبت) ولقائل أن يقول احتمال القدرة فى حق المكاتب أثبت لان المسلمين مامورون باعانته والطرق متسعة استدانة واستقراض واستيهاب واستعانة بالزكوات والكفارات والعشور والصدقات وقد دل الاقدام على العقد عليها فتثبت (ولنا قوله تعالى فكاتبوهم من غير شرط التنجيم ولانه عقد معاوضة) وهو يعتمد المعقود عليه والمعقود به ووجود المعقود عليه لابد منه لانه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ماليس عند الانسان ووجود المعقود به ليس كذلك للاجماع على جواز ابتياع من لا يملك الثمن (وبدل الكتابة معقود عليه لا محالة فاشبه الثمن فى البيع) والقدرة عليه ليست بشرط فكذا على البدل والمسلم فيه معقود عليه ووجوده شرط فاشبه المبيع فلابد من القدرة عليه كما عرف من أصلنا وكذا ذكرناه فى التقرير مستوفى ولان مبنى الكتابة على المساهلة لانه عقد تكرم اذ العبد وما يملكه لمولاه فالظاهر من مولاه أن يمهله فان لم يمهله وطالبه بالاداء وامتنع عنه يرد رقيقا بالتراضى أو بقضاء القاضى (بخلاف السلم فان مبناه على المضايقة) فليس الامهال فيه ظاهرا ويجوز حالا (وكتابة العبد الصغير الذى يعقل البيع والشراء جائزة) لتحقق الركن منه وهو الايجاب والقبول اذ العاقل من أهل القبول والتصرف نافع فى حقه) ولا عجز بالنسبة الى المنافع (وخالفنا الشافعى فيه وهو) أى هذا الخلاف منه (بناء على مسئلة اذن الصبى فى التجارة) فانه لا يجوزه لانه ليس من أهل التصرف فلا يصح الاذن له وعندنا هو من أهل التصرف اذا عقل العقد ونقصان رأيه ينجبر برأى المولى والتصرف نافع فيصح الاذن (بخلاف ما اذا كان لا يعقل العقد لان القبول لا يتحقق منه والعقد لا ينعقد بدونه حتى لو أدى عنه غيره لا يعتق ويسترد ما دفع)

بخلاف السلم على أصله لانه أهل للملك فكان احتمال القدرة ثابتا وقد دل الاقدام على العقد عليها فيثبت ولنا ظاهر ما تلونا من غير شرط التنجيم ولانه عقد معاوضة والبدل معقود به فاشبه الثمن فى البيع فى عدم اشتراط القدرة عليه بخلاف السلم على أصلنا لان المسلم فيه معقود عليه فلابد من القدرة عليه ولان مبنى الكتابة على المساهلة فيمهله المولى ظاهرا بخلاف السلم لان مبناه على المضايقة وفى الحال كما امتنع من الاداء يرد الى الرق قال (ويجوز كتابة العبد الصغير اذا كان يعقل الشراء والبيع) لتحقق الايجاب والقبول اذ العاقل من أهل القبول والتصرف نافع فى حقه والشافعى يخالفنا فيه وهو بناء على مسئلة اذن الصبى فى التجارة وهذا بخلاف ما اذا كان لا يعقل البيع والشراء لان القبول لا يتحقق منه فلا ينعقد العقد حتى لو أدى عنه غيره لا يعتق ويسترد ما دفع قال

قرينة لكون الامر فى وآتوهم أيضا لذلك (قوله بخلاف السلم على أصله لانه أهل للملك فكان احتمال القدرة ثابتا وقد دل الاقدام على العقد عليها فيثبت) قال صاحب العناية ولقائل أن يقول احتمال القدرة فى حق المكاتب أثبت لان المسلمين مامورون باعانته والطرق متسعة استدانة واستقراض واستيهاب واستعانة بالزكوات والكفارات والعشور والصدقات وقد دل الاقدام على العقد عليها فتثبت اه واقتفى أثره الشارح العينى (أقول) هذا السؤال ليس بوارد لانه ان أريد به أن احتمال القدرة قبل العقد أثبت فى حق المكاتب فليس بذلك قطعا اذ لا أهلية فيه للملك قبل العقد قط فانى يثبت له احتمال القدرة على المال قبله فان أريد به أن احتمال القدرة عقيب العقد أثبت فى حقه فهو مسلم ولكن لا يجدى نفعا لان مدار فرق الشافعى بين الكتابة وبين السلم على أصله انما هو ثبوت احتمال القدرة على المبيع للعاقد قبل العقد فى السلم لكون العاقد فيه أهلا للملك قبل العقد بخلاف الكتابة فان العاقد فيها ليس بأهل للملك قط قبل العقد فلا يتصور ثبوت احتمال القدرة على البدل له قبل العقد وهذا أمر ضرورى لا مجال لانكاره فلا وجه للمناقشة فيه كما فعله الشارحان المزبوران والحق فى الجواب عما قاله الشافعى ههنا أن يسلك طريقة القول بالموجب فيقال سلمنا

الصدقة اليهم وهو عن جماعة من الصحابة رضى الله عنهم وهو الظاهر لان الايتاء يدل على التمليك وذا فى التصدق عليهم لان الحط لا يكون تمليكا (قوله بخلاف السلم على أصله) فان أصل الشافعى رحمه الله ان السلم الحال يجوز (قوله ولنا ظاهر ما تلونا) يعنى قوله تعالى فكاتبوهم الآية فمن شرط التاجيل فقد زاد على النص والزيادة على النص فسخ من وجه (قوله والبدل معقود به) فاشبه الثمن فى البيع ولهذا يجوز الاستبدال به قبل القبض وهذا آية الثمنية ولا يقال العجز عن الاداء يوجب الفسخ وهذا آية المبيعة لانا عملنا بالشبهين وقلنا بالفسخ عند العجز لكونه مبيعا وبعدم اشتراط القدرة عليه عند العقد لكونه ثمنا بخلاف المسلم فيه فانه مبيع من كل وجه حتى لا يجوز استبداله والقدرة على تسليم المبيع شرط لجواز البيع فلابد من الاجل الممكن له من التسليم (قوله ولان مبنى الكتابة على المساهلة) لانها عقد كريم اذ العبد وما فى يده لمولاه فيكون الظاهر انه لا يضيق عليه ولا يطالبه بالاداء ما لم يعلم قدرته عليه الا أنه لم يذكر الاجل ليكون متفضلا فى تاخير المطالبة فى الانتهاء كما كان منعما عليه فى أصل العقد فى الابتداء بخلاف السلم لان مبناه على المضايقة فلا يمهله اذا عجز فيجوز حالا لا محالا (قوله وفى الحال كما امتنع من الاداء يرد فى الرق) أى فى الكتابة الحالة يرد الى الرق كما عجز لان شرط الفسخ عجز المكاتب عن أداء البدل وقد وجد (قوله واذا كان يعقل الشراء

(قوله وكتابة العبد الصغير الذى يعقل البيع والشراء جائزة لتحقق الركن منه) أقول فيه بحث ثم الظاهر أن يقال فيها بدل قوله منه

(قوله ومن قال لعبده جعلت عليك ألفا تؤديها الى نجوما أول نجم كذا وآخره كذا فاذا أديتها فأنت حر) لبيان ما يفيد فائدة الكتابة بلفظها فان المجموع المذكور مفيد لذلك فان قوله جعلت عليك كذا على أن تؤديها الى نجوما يحتمل معنى الكتابة ومعنى الضريبة فالمولى يستأدى عبده الضريبة ولا تتعين جهة الكتابة مالم يقل فاذا أديت فأنت حر وأما قوله وان عجزت فأنت رقيق ليس بلازم وانما ذكره لحث العبد على أداء المال عند النجوم والكتابة بدونه صحيحة ولو قال اذا أديت الى ألفا كل شهر مائة فأنت حر اختلفت الرواية فى رواية أبى سليمان هو مكاتبة لان التنجيم يدل على الوجوب لانه يستعمل فى التيسير وذلك فى المال ولا يجب المال الا بالكتابة لان المولى لا يستوجب على عبده دينا الا فى الكتابة وفى نسخة أبى حفص قيل أى فى روايته لا تكون مكاتبة قال فخر الاسلام وهو الاصح اعتبارا بما لو قال اذا أديت الى ألفا فى هذا الشهر فأنت حر فانه لا يكون كتابة والتنجيم ليس من خواص الكتابة حتى يجعل تفسيرا لها لانه يدخل فى سائر الديون وقد تخلو الكتابة عنه ولم يوجد لفظ يختص بالكتابة ليكون تفسيرا فلا يكون كتابة قال (واذا صحت الكتابة خرج المكاتب عن يد المولى ولم يخرج عن ملكه) واذا صحت الكتابة بخلوها عن المفسد بعد تحقق المقتضى خرج المكاتب عن يد المولى ولم يخرج عن ملكه (أما الخروج من يده فلتحقيق معنى الكتابة) لغة (وهو الضم فيضم مالكية يده) الحاصلة فى الحال (الى مالكية نفسه) التى تحصل عند الاداء فان قيل ضم الشئ الى الشئ يقتضى وجودهما ومالكية النفس فى الحال ليست بموجودة فكيف يتحقق الضم أجيب بان مالكية النفس قبل الاداء ثابتة من وجه ولهذا لو جنى عليه المولى وجب عليه الارش ولو وطئ المكاتبة لزمه العقر فيتحقق الضم (أو لتحقيق مقصود

الكتابة

(ومن قال لعبده جعلت عليك ألفا تؤديها الى نجوما أول النجم كذا وآخره كذا فاذا أديتها فأنت حر وان عجزت فأنت رقيق فان هذه مكاتبة) لانه أتى بتفسير الكتابة ولو قال اذا أديت الى ألفا كل شهر مائة فأنت حر فهذه مكاتبة فى رواية أبى سليمان لان التنجيم يدل على الوجوب وذلك بالكتابة وفى نسخ أبى حفص لا تكون مكاتبة اعتبارا بالتعليق بالاداء مرة قال (واذا صحت الكتابة خرج المكاتب عن يد المولى ولم يخرج عن ملكه) أما الخروج من يده فلتحقيق معنى الكتابة وهو الضم فيضم مالكية يده الى مالكية نفسه أو لتحقيق مقصود

أن العبد قبل عقد الكتابة لا علك شيأ من الاموال ولا يقدر عليه لعدم أهليته للملك قبله ولكن ثبوت الملك والقدرة عليه حال العقد انما يشترط فى حق المعقود عليه دون المعقود به ألا يرى أن المفلس لو اشترى أموالا عظيمة يصح شراؤه وان لم يكن هو مالكا لشئ من الثمن وبدل الكتابة معقود به فلا يلزم أن يكون العبد مالكا له حال عقد الكتابة بخلاف المسلم فيه فانه معقود عليه وقد أشار اليه المصنف فيما بعد حيث قال ولانه عقد معاوضة والبدل معقود به فاشبه الثمن فى البيع فى عدم اشتراط القدرة عليه بخلاف السلم على أصلنا لان المسلم فيه معقود عليه فلابد من القدرة عليه اه تدبر (قوله أما الخروج من يده فلتحقيق معنى الكتابة وهو الضم فيضم مالكية يده الى مالكية نفسه) قال صاحب العناية فى شرح هذا المحل أما الخروج من يده فلتحقيق

والبيع) يعنى يعقل ان الشراء جالب والبيع سالب (قوله جعلت عليك ألفا) الى قوله فاذا أديتها فأنت حر فقوله اذا أديتها فأنت حر لا بد منه لان قوله جعلت عليك يحتمل الكتاب ويحتمل الضريبة لان المولى يستبد بضريبة عبده فلا يتعين جهة الكتابة الا بقوله اذا أديتها فأنت حر بخلاف قوله كاتبتك لعدم الاحتمال وقوله ان عجزت فأنت رقيق لا يحتاج اليه ههنا وفى الكتابة أيضا وانما ذكره حثا للعبد على الاداء عند النجوم (قوله فان هذه مكاتبة) حتى لا يجوز بيعه ويجوز فسخها بالتراضى ولو أدى بعض البدل لم يبق محلا للتكفير بخلاف المعلق عتقه باداء المال فان هذه الاحكام تنعكس فى حقه (قوله لان التنجيم يدل على الوجوب) وذلك بالكتابة لان التنجيم للتخفيف والتيسير وذلك فى المال ولا يجب المال الا بالكتابة لان المولى لا يستوجب على عبده دينا الا بالكتابة فعرفنا ان المولى قصد ايجاب البدل بهذا التنجيم وفى نسخ أبى حفص رحمه الله لا يكون مكاتبة قال فخر الاسلام فى المبسوط وهو الاصح بدليل انه لو قال اذا أديت الى ألفا فى هذا الشهر فأنت حر لا يكون كتابة كذا ههنا والتنجيم ليس من خصائص الكتابة حتى يجعل تفسير الكتابة لانه قد يكون فى سائر الدين وقد تخلو الكتابة عنه وذكر لفظ تختص به الكتابة لم يوجد ههنا فلا كتابة (قوله فيضم مالكية يده الى مالكية نفسه) أى يضم مالكية يده فى الحال الى مالكية نفسه فى المآل لانه ملك نفسه من وجه ولهذا لو وطئها المولى يجب العقر ولذلك يجب الارش لو جنى عليها ولا يكون ذلك الا بأن يكون مالكا لاجزائه من وجه وحقيقة مالكية النفس

(قوله لبيان ما يفيد الخ) أقول ناظر لقوله قوله ومن قال لعبده الخ (قوله لانه يستعمل فى التيسير وذلك فى المال) أقول يعنى فى المال الواجب وأشار بقوله ذلك الى التيسير (قوله والتنجيم ليس من خواص الكتابة الخ) أقول والتنجيم فى العبد يوجد فى الضريبة وفيه تامل (قوله أجيب بان مالكية النفس قبل القضاء ثابتة) أقول فيه بحث وما أسرع ما نسى قوله التى تحصل عند الاداء ولا يخفى عليك أيضا أن الجواب عن هذا السؤال لا يحتاج الى هذا بل يجوز أن يقال الضم انما يتحقق حين وجود مالكية النفس على قياس ضم النجم الى النجم ثم وجوب الارش ولزوم العقر لمالكية البدلا لمالكية النفس

الكتابة وهو أداء البدل فيملك البيع والشراء والخروج الى السفر) طويلا كان أو غيره (نهاه المولى عنه أولا) لان مقصود المولى وهو أداء البدل قد لا يتحقق الا بالسفر (وأما عدم الخروج عن ملكه فلما روينا) من قوله صلى الله عليه وسلم المكاتب عبد ما بقى عليه درهم (ولانه عقد معاوضة) كامر (ومبناه على المساواة وينعدم ذلك) أى المساواة باعتبار التساوى (ان تنجز العتق ويتحقق ان تأخر لانه يثبت بها للمكاتب نوع مالكية) وهو مالكية اليد (فيثبت فى ذمته حق من وجه) وهو أصل البدل وانما كان حقا من وجه لضعفه فانه ثابت فى الذمة مع المنافى اذ المولى لا يستوجب على عبده دينا ولهذا لا تصح به الكفالة ولو ثبت العتق ناجزا كما قال به ابن عباس رضى الله عنهما على مامر فاتت المساواة لا يقال المساواة فائتة على ذلك التقدير أيضا لان نوع المالكية ثابت له من كل وجه والحق الثابت عليه من وجه فاين المساواة لان نوع مالكيته أيضا ضعيف لبطلانه بعوده رقيقا (فان نجز المولى عتقه عتق بعتقه) لا بالكتابة المتقدمة (لانه مالك لرقبته) فيجوز له اتلاف ملكه (وسقط عنه بدل الكتابة) لحصول ما يقابله مجانا (واذا وطئ المولى مكاتبته لزمه العقر لاختصاصه باجزائها توسلا الى المقصود بالكتابة وهو الوصول الى البدل من جانبه والى الحرية من جانبها بناء عليه) أى على الوصول الى البدل من جانبه (ومنافع البضع ملحقة بالاجزاء والاعيان) فاباها الشرع بالاعيان قال الله تعالى أن تبتغوا باموالكم وألزم العقر عند استحقاق الجارية وعند وطئها بشبهة ولو كان الوطء لاخذ المنفعة لتقدر بقدر الاستعمال وليس كذلك فانه يلزم بايلاج واحد (وان جنى عليها أو على ولدها لزمه الجناية) وقوله (لما بينا) اشارة الى قوله لانها صارت أخص باجزائها *(فصل فى الكتابة الفاسدة)* وجه

الكتابة وهو أداء البدل فيملك البيع والشراء والخروج الى السفر وان نهاه المولى وأما عدم الخروج عن ملكه فلما روينا ولانه عقد معاوضة ومبناه على المساواة وينعدم ذلك بتنجز العتق ويتحقق بتأخره لانه يثبت له نوع مالكية ويثبت له فى الذمة حق من وجه (فان أعتقه عتق بعتقه) لانه مالك لرقبته (وسقط عنه بدل الكتابة) لانه ما التزمه الا مقابلا بحصول العتق به وقد حصل دونه قال (واذا وطئ المولى مكاتبته لزمه العقر) لانها صارت أخص باجزائها توسلا الى المقصود بالكتابة وهو الوصول الى البدل من جانبه والى الحرية من جانبها بناء عليه ومنافع البضع ملحقة بالاجزاء والاعيان (وان جنى عليها أو على ولدها لزمته الجناية) لما بينا (وان أتلف مالا لها غرم) لان المولى كالاجنبى فى حق أكسابها ونفسها اذ لو لم يجعل كذلك لاتلفه المولى فيمتنع حصول الغرض المبتغى بالعقد والله أعلم بالصواب *(فصل فى الكتابة الفاسدة)*

معنى الكتابة لغة وهو الضم فيضم مالكية يده الحاصلة فى الحال الى مالكية نفسه التى تحصل عند الاداء وقال فان قيل ضم الشئ الى الشئ يقتضى وجودهما ومالكية النفس فى الحال ليست بموجودة فكيف يتحقق الضم أجيب بان مالكية النفس قبل الاداء ثابتة من وجه ولهذا لو جنى عليه المولى وجب عليه الارش وان وطئ المكاتبة لزمه العقر فيتحقق الضم انتهى كلامه (أقول) فيه خلل لان هذا الجواب ينافى قوله فيما قبل الى مالكية نفسه التى تحصل عند الاداء لان مقتضى هذا الجواب أن يكون المضموم والمضموم اليه موجودين فى الحال ومدلول ما قاله أولا أن يكون المضموم اليه حاصلا عند الاداء لا فى الحال والا يلزم أن يكون قوله التى تحصل عند الاداء لغوا محضا كما لا يخفى ثم ان بعض الفضلاء بعد أن تنبه لما قلنا قال ولا يخفى عليك أيضا أن الجواب عن هذا السؤال لا يحتاج الى هذا بل يجوز أن يقال الضم انما يتحقق حين وجود مالكية النفس على قياس ضم النجم الى النجم انتهى (أقول) ليس هذا بسديد اذ لو كفى تحقق الضم حين مالكية النفس لبطل أصل كلام المصنف وهو قوله أما الخروج من يده فلتحقيق معنى الكتابة وهو الضم فان تحقق الضم حين مالكية النفس لا يتوقف على الخروج من يده فى الحال بل يتيسر بالخروج من يده حين مالكية النفس التى تحصل عند الاداء على مامر ومبنى السؤال والجواب على تصحيح كلام المصنف فلا بد من المصير الى تحقيق معنى الضم فى الحال

(فصل فى الكتابة الفاسدة) أخر الكتابة الفاسدة عن الصحيحة لانحطاط رتبة الفاسدة عن الصحيحة (قوله

عند أداء جميع البدل (قوله فلما روينا) وهو قوله عليه السلام المكاتب عبد ما بقى عليه درهم (قوله ويثبت له حق فى الذمة من وجه) أصل البدل يجب للمولى فى ذمته لكنه ضعيف لا يتم ملكه فيه الا بالقبض لان قبوله فى ذمته مع المنافى اذ المولى لا يستوجب على عبده دينا ولهذا لا تصح الكفالة به فيثبت للعبد بمقابله مالكية ضعيفة أيضا فاذا تم الملك للمولى بالقبض تتم المالكية للعبد أيضا وتمام المالكية لا يكون الا بالعتق فيعتق ضرورة اتمام المالكية (قوله لما بينا) اشارة الى قوله لانه صارت أخص باجزائها توسلا الى المقصود *(فصل فى الكتابة الفاسدة)*

(قوله وينعدم ذلك أى المساواة الخ) أقول فان قيل اذا أدى المكاتب بعض البدل ملكه المولى ولا يحصل بمقابلته شئ للمكاتب فينتفى التساوى قلنا بل يحصل له تأكد المالكية ولهذا لا يبقى محلا للتكفير كما سبق فى باب الكفارة قال المصنف (واذا وطئ المولى مكاتبته لزم العقر) أقول قال صاحب التسهيل ولو شرط وطأها فى العقد لا يضمن العقر انتهى وفى غاية البيان فى أوائل باب ما يجوز للمكاتب أن يفعله ما يخالفه *(فصل فى الكتابة الفاسدة)*

تأخير الفاسدة عن الصحيحة لا يخفى على أحد قال (واذا كاتب المسلم عبده) جمع ههنا أمورا يفسد عقد الكتابة بها ذكر بعضها أصالة وبعضها استشهادا واذا كاتب المسلم عبده (على خمر أو خنزير أو على قيمة العبد نفسه) أو على ثوب أو دابة أو على ميتة أو دم (فالكتابة فاسدة أما الخمر والخنزير فلانهما ليسا بمال متقوم في حقه فهو لا يستحقهما فكان عقدا بلا بدل وهو فاسد وأما قيمة العبد فلانها مجهولة جهالة فاحشة لجهالة القدر والجنس والوصف) وكذلك الثوب والدابة وأما الدم والميتة فلما ذكرنا في الخمر والخنزير بل أولى على ما نذكره واذا عرف ذلك

(فان أدى الخمر والخنزير عتق) سواء قال له ان أديت الى فانت حر أو لم يقل في ظاهر الرواية عند علمائنا الثلاثة (وقال زفر لا يعتق الا باداء قيمة نفسه لان البدل) في الكتابة الفاسدة (هو القيمة) كما في البيع الفاسد ووقع في بعض نسخ الهداية الا باداء قيمة الخمر قيل وهو مخالف لعامة روايات الكتب (وعن أبي يوسف أنه يعتق باداء عين الخمر لانه بدل صورة ويعتق باداء القيمة أيضا) قيل أي باداء قيمة نفسه (لانه البدل معنى) قال في النهاية وهذا الحكم الذي ذكره هو ظاهر الرواية عند علمائنا الثلاثة على ماذكر في المبسوط والذخيرة فعلى هذا كان من حقه أن لا يخص أبا يوسف وان لا يذكر بكلمة عن قلت صحيح ان كان الالف واللام في القيمة بدلا عن نفسه وأما اذا كان بدلا عن الخمر كما ذكر في بعض الشروح يجوز أن يكون ذلك غير ظاهر الرواية عن أبي يوسف (وعن أبي حنيفة أنه انما يعتق باداء عين الخمر اذا قال ان أديتها فانت حر لانه حينئذ

قال (واذا كاتب المسلم عبده على خمر أو خنزير أو على قيمة نفسه فالكتابة فاسدة) أما الاول فلان الخمر والخنزير لا يستحقه المسلم لانه ليس بمال في حقه فلا يصلح بدلا فيفسد العقد وأما الثاني فلان القيمة مجهولة قدرا وجنسا ووصفا فتفاحشت الجهالة وصار كما اذا كاتب على ثوب أو دابة ولانه تنصيص على ما هو موجب العقد الفاسد لانه موجب للقيمة قال (فان أدى الخمر عتق) وقال زفر لا يعتق الا باداء قيمة نفسه لان البدل هو القيمة وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يعتق باداء الخمر لانه بدل صورة ويعتق باداء القيمة أيضا لانه هو البدل معنى وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه انما يعتق باداء عين الخمر اذا قال ان أديتها فانت حر لانه حينئذ يكون العتق بالشرط لا بعقد الكتابة وصار كما اذا كاتب على ميتة أو دم ولا فصل في ظاهر الرواية ووجه الفرق بينهما وبين الميتة أن الخمر والخنزير مال في الجملة فأمكن اعتبار معنى العقد فيه وموجبه العتق عند أداء العوض المشروط

أما الاول فلأن الخمر والخنزير لا يستحقه المسلم) عبر عن مسئلتي الكتابة على الخمر والكتابة على الخنزير بالاول دون الاولين لاتحادهما في جهة الفساد وهي عدم تحقق المالية في شئ من الخمر والخنزير في حق المسلم فكأنهما صارا مسئلة واحدة والا فهما مسئلتان مستقلتان في الحقيقة كمسئلة الكتابة على قيمة العبد وقد أومأ الى هذه النكتة في بسط نفس المسائل أيضا حيث أعاد كلمة على عند ذكر القيمة دون ذكر الخنزير كما ترى ولهذا عبر عن عقد الكتابة على قيمة العبد بالثاني فقال وأما الثاني فلان القيمة مجهولة الخ مع أنه في الحقيقة مسئلة ثالثة بلا ريب (قوله وعن أبي يوسف أنه يعتق باداء الخمر لانه بدل صورة ويعتق باداء القيمة أيضا لانه هو البدل معنى) قال صاحب النهاية وهذا الحكم الذي ذكره هو ظاهر الرواية عند علمائنا الثلاثة على ماذكره في

(قوله ليس بمال في حقه) أي ليس بمال متقوم (قوله ولان القيمة مجهولة قدرا ووصفا وجنسا) أما جنسا فلانها مرة تكون من الدراهم وطورا من الدنانير وأما قدرا فانها يختلف مقدارها باختلاف المقومين وأما وصفا فانها تكون جيدا ووسطا ورديا (قوله وصار كما اذا كاتب على ثوب أو دابة) يعني أن الكتابة على القيمة بمنزلة الكتابة على ثوب أو دابة وانه لا يجوز لان الثوب أو الدابة أجناس مختلفة وما هو مجهول الجنس لا يثبت دينا في الذمة كما في النكاح (قوله ولانه تنصيص على ما هو موجب العقد الفاسد) لانه موجب للقيمة فان قيل لو كاتبه على عبد وسط أو عبده طلق يجوز وان كانت القيمة تجب بهذه التسمية حتى لو أتى بقيمة عبد وسط يجبر على القبول قلنا القيمة فيما نحن بصدده يجب قصدا لاحكما لمكان التصريح بالقيمة ويجب ثمة حكما لا قصدا لانه تصريح بالعبد وقد يثبت الشئ حكما وضمنا لغيره وان كان لا يثبت قصدا كبيع الاجنبية ونحوها (قوله وان أدى الخمر عتق) وفي المبسوط وان أداه قبل أن يترافعا الى القاضي وقد كان قال له أنت حر اذا أديتها أو لم يقل فانه يعتق ويسعى في قيمته لان هذا العقد فاسد فيلزمه رد رقبته لاجل الفساد وقد تعذر رده لتقرر العتق فيه فيلزم قيمته كالمشتري شراء فاسدا اذا أعتق المبيع قبل القبض وقال زفر رحمه الله لا يعتق الا باداء قيمة نفسه لان البدل هو القيمة أي في الكتابة الفاسدة كما في بيع الفاسد وفي نسخ الهداية لا يعتق الا باداء قيمة الخمر وانه مشكل جدا لمخالف لعامة روايات الكتب فان فيها لا يعتق الا باداء قيمة نفسه ولو قيل بان المراد قيمة العبد أضيفت الى الخمر بادنى ملابسة وهو وجوبها عند ذكر الخمر في البدل لكان وجها متكلفا (قوله ولا فصل في ظاهر الرواية) أي يعتق باداء الخمر صرح بذكر الشرط

(قوله وأما اذا كان بدلا عن الخمر كما ذكر في بعض الشروح) أقول وأما ونظيره ما سيجيء رواية عن أبي يوسف فيما اذا كاتب عبده على عين بعينه لغيره أنه يجوز في رواية عنه أجاز ذلك صاحب المال أو لم يجز غير أنه عند الاجازة يجب تسليم عينه وعند عدمها يجب تسليم قيمته كما في النكاح ثم المراد من بعض الشروح هو غاية البيان قال في المجموع ويحكم به لادائها عينها أو قيمتها انتهى ابن فرشته أي قيمة عين الخمر انتهى قوله ويحكم به أي يحكم أبو يوسف به أي بالعتق

يكون العتق بواسطة حصول شرط تعلق به العتق وصار كما اذا كاتب كتابة على ميتة أو دم) فانه لا يعتق بتسليم عينهما الا اذا قال ان أديت الى فانت حر (وجه ظاهر الرواية) وهو الفرق بين الخمر والميتة (أن الخمر والخنزير مال فى الجملة فامكن اعتبار معنى العقد فيه وموجبه العتق عند أداء البدل المشروط بخلاف الميتة فانها ليست بمال أصلا فلا يمكن اعتبار معنى العقد فيه فاعتبر فيه معنى الشرط وذلك بالتنصيص عليه واذا عتق باداء عين الخمر لزمه أن يسعى فى قيمته لانه وجب عليه رد رقبته لفساد العقد وقد تعذر الرد بالعتق فيجب رد قيمته كما فى البيع الفاسد اذا تلف المبيع و) تجب لقيمة بالغة ما بلغت (لا ينقص عن المسمى و يزاد عليه لانه عقد فاسد فتجب القيمة عند هلاك المبدل بالغة ما بلغت وهذا) أى وجوب القيمة بالغة ما بلغت (لان المولى ما رضى بالنقصان) سواء كان فى المسمى أو فى القيمة لانه يخرج ملكه فى مقابلة بدل فلا يرضى بالنقصان لان بعدم الاخراج يبقى ملكه على ما كان فلا يفوت له شئ (والعبد رضى بالزيادة) سواء كانت فى القيمة أو فى المسمى (كى لا يبطل حقه فى العتق أصلا) فانه ان لم يرض بها يمتنع المولى عن العقد فيفوت به ادراك شرف الحرية ولعل التصور على هذا الوجه يسقط ما قيل

اعتبار القيمة انما هو بعد قال المصنف (ولا ينقص عن المسمى ويزاد عليه) أقول قال صدر الشريعة هذه مسئلة مبتدأة لا تعلق لها بمسئلة الخمر والخنزير ومعناها أن القيمة فى الكتابة الفاسدة اذا كانت من جنس المسمى فان كانت ناقصة عن المسمى لا ينقص عن المسمى وان كانت زائدة زيدت عليه ووضع المسئلة فى المبسوط فيما اذا كاتب عبده بالف على أن يخدمه أبدا فالكتابة فاسدة فتجب القيمة فان كانت ناقصة عن الالف لا ينقص وان كانت زائدة زيدت عليه انتهى ولا يخفى عليك أن ما ذكره من أنه لا تعلق لها بمسئلة الخمر والخنزير يخالف لما فى شروح الهداية (قوله وهذا أى وجوب القيمة بالغة ما بلغت) أقول لا يخفى عليك أن قوله لان المولى ما رضى بالنقصان لا يلائم هذا التفسير والظاهر أنه اشارة الى قوله ولا ينقص عن المسمى و يزاد عليه وقوله فتجب قيمته بالغة ما بلغت تفريع على قوله والعبد رضى الخ (قوله لانه يخرج ملكه فى مقابلة بدل الخ) أقول فى دلالته على عدم رضا المولى بالنقصان فى المسمى تأمل وقوله فلا يرضى بالنقصان ان أراد عن المسمى فسلم لكن مدعاه عام وان أراد عن القيمة أو الاعم فممنوع ولا دلالة عليه فى قوله لان بعدم الاخراج الخ (قوله فانه ان لم يرض بها امتنع المولى عن العقد فيفوت به ادراك شرف الحرية) أقول كأنه يريد أن الرضا بالعقد الفاسد رضا بالزيادة سواء كانت فى القيمة أو فى المسمى اذ ذلك موجب الكتابة الفاسدة فلو لم يرض بالزيادة أى بما أوجبها وهو العقد الفاسد يمتنع المولى عنه فيفوت ادراك شرف الحرية فليتأمل

وأما الميتة فليست بمال أصلا فلا يمكن اعتبار معنى العقد فيه فاعتبر فيه معنى الشرط وذلك بالتنصيص عليه (واذا عتق بأداء عين الخمر لزمه أن يسعى فى قيمته) لانه وجب عليه رد رقبته لفساد العقد وقد تعذر بالعتق فيجب رد قيمته كما فى البيع الفاسد اذا تلف المبيع قال (ولا ينقص عن المسمى و يزاد عليه) لانه عقد فاسد فتجب القيمة عند هلاك المبدل بالغة ما بلغت كما فى البيع الفاسد وهذا لان المولى ما رضى بالنقصان والعبد رضى بالزيادة كى لا يبطل حقه فى العتق أصلا فتجب قيمته بالغة ما بلغت

المبسوط والذخيرة فعلى هذا كان من حقه أن لا يخص أبا يوسف وان لا يذكر بكلمة عن انتهى وقال صاحب العناية بعد نقل ما فى النهاية قلت صحح ان كان الالف واللام فى القيمة بدلا عن نفسه وأما اذا كان بدلا عن الخمر كما ذكر فى بعض الشروح فيجوز أن يكون ذلك غير ظاهر الرواية عن أبى يوسف انتهى وقال الشارح العينى بعد نقل ما فى النهاية والعناية جميعا قلت سواء جعل الالف واللام فى القيمة بدلا عن نفسه أو عن الخمر فعتقه باداء الخمر هو ظاهر الرواية عندهم والشراح ما جعلوا الالف واللام فى القيمة الا بدلا عن نفسه كما صرح به تاج الشريعة وغيره انتهى (أقول) ما قاله الشارح العينى ليس بشئ أما أولا فلان ظاهر الرواية انما هو عتقه باداء الخمر وباداء قيمة نفسه والمروى عن أبى يوسف ههنا بكلمة عن على تقدير أن يجعل الالف واللام فى القيمة بدلا عن الخمر انما يكون عتقه باداء عين الخمر وباداء قيمة الخمر وهذا غير ظاهر الرواية قطعا اذ لا يلزم من اشتراك الروايتين فى أحد الجزأين وهو عتقه باداء عين الخمر اتحادهما ضرورة اختلافهما بالجزء الآخر وهو عتقه باداء قيمة نفسه فى ظاهر الرواية وعتقه باداء قيمة الخمر فى الرواية الاخرى فقوله سواء جعل الالف واللام فى القيمة بدلا عن نفسه أو عن الخمر فعتقه باداء الخمر هو ظاهر الرواية عندهم لغو محض وأما ثانيا فلان صاحب غاية البيان من الشراح جعل الالف واللام فى القيمة بدلا عن الخمر حيث قال فى شرح المقام وأبو يوسف قال ان كل واحد من عين الخمر وقيمتها بدل الخمر باعتبار الصورة والقيمة باعتبار المعنى فعتق اذا أدى أيهما كان انتهى وأشار الى ذلك صاحب العناية بقوله وأما اذا كان بدلا عن الخمر كما ذكر فى بعض الشروح فقول العينى والشراح ما جعلوا الالف واللام فى القيمة الا بدلا عن نفسه ان أراد به الكلية كما هو الظاهر فليس بصحيح والا فليس بمفيد (قوله وهذا لان المولى ما رضى بالنقصان والعبد رضى بالزيادة كى لا يبطل حقه فى العتق أصلا فتجب قيمته بالغة ما بلغت) قال صاحب العناية

أو لم يصرح (قوله والعبد رضى بالزيادة كيلا يبطل حقه فى العتق أصلا) أى الظاهر من حال العبد أنه رضى بالزيادة على المسمى لينال شرف الحرية أو لان العبد لما أقدم على الكتابة الفاسدة والواجب

وفيما اذا كاتبه على قيمته يعتق بأداء القيمة لانه هو البدل وامكن اعتبار معنى العقد فيه وأثر الجهالة فى الفساد

فى شرح هذا المقام وهذا أى وجوب القيمة بالغة ما بلغت لان المولى ما رضى بالنقصان سواء كان فى المسمى أو فى القيمة لانه يخرج ملكه فى مقابلة بدل فلا يرضى بالنقصان لان بعدم الاخراج يبقى ملكه على ما كان فلا يفوت له شئ والعبد رضى بالزيادة سواء كانت فى القيمة أو فى المسمى كى لا يبطل حقه فى العتق أصلا فانه ان لم يرض بها امتنع المولى عن العقد فيفوت له ادارك شرف الحرية انتهى كلامه (أقول) هذا الشرح غير مطابق للمشروح وغير تام فى نفسه أما الاول فلان الظاهر أن كلمة هذا فى قول المصنف وهذا اشارة الى مضمون قوله ولا ينقص عن المسمى ويزاد عليه والمعنى وهذا أى ماذكر من عدم النقصان عن المسمى والزيادة عليه لان المولى ما رضى بالنقصان عن المسمى والعبد رضى بالزيادة عليه كى لا يبطل حقه فى العتق بالكلية فحينئذ ينتظم الدليل والمدعى بلا كلفة أصلا ويرشد اليه تحرير صاحب الكافى حيث قال ولا تنقص عن المسمى وتزاد عليه لان المكاتب رضى بالمسمى وزيادة كى لا يبطل حقه فى العتق أصلا والمولى ما رضى بالنقصان عنه اه وأما على ماذكره صاحب العناية من كون كلمة هذا اشارة الى وجوب القيمة بالغة ما بلغت فيختل كلام المصنف لانه اما أن يكون المراد بالنقصان فى قوله لان المولى ما رضى بالنقصان هو النقصان عن القيمة فيلزم أن يكون قوله فيما قبل ولا ينقص عن المسمى خاليا عن التعليل والبيان بالكلية مع أنه مطلب مقصود بالبيان ههنا كما لا يخفى أو يكون المراد بذلك هو النقصان عن المسمى فيلزم أن لا يطابق الدليل المدعى وان لا يفيده اذ لا يستدعى عدم رضا المولى بالنقص عن المسمى الا وجوب المسمى دون وجوب القيمة بالغة ما بلغت لجواز أن تكون القيمة أكثر من المسمى أو يكون المراد بذلك هو النقصان عن المسمى والقيمة جميعا كما يفصح عنه قول الشارح المزبور لان المولى ما رضى بالنقصان سواء كان فى المسمى أو فى القيمة فيرد عليه أن يقال ان عدم رضاه بالنقصان عن المسمى مما لا مدخل له فى وجوب القيمة بالغة ما بلغت فما معنى تعميم النقصان ههنا للنقصان عن المسمى فلعل الشارح المزبور انما اغتر بقول المصنف فى آخر كلامه فتجب بالغة ما بلغت ولكنه تفريع على قوله والعبد رضى بالزيادة الخ لا على مجموع الدليل فلا وجه للاغترار بذلك أيضا وأما الثانى أى أنه غير تام فى نفسه فلان قوله لان المولى ما رضى بالنقصان سواء كان فى المسمى أو فى القيمة ممنوع كيف وتنصيص المولى على قدر معين مسمى دليل على رضاه به قطعا سواء كان ناقصا عن القيمة أم لا فما يخالف رضاه انما هو النقصان عن المسمى لا غير ولئن سلم ذلك فينتقض بالكتابة الصحيحة اذا كان البدل المسمى فيها أقل من القيمة فانه لا يجب هنا لك الزيادة على المسمى من القيمة قطعا مع جريان الدليل المذكور ههنا فى تلك الصورة أيضا على تقدير صحة تعميم النقصان فى قوله لان المولى ما رضى بالنقصان للنقصان الكائن فى المسمى وفى القيمة تأمل تقف ثم قال صاحب العناية ولعل التصور على هذا الوجه يسقط ما قيل اعتبار القيمة انما هو بعد وقوع العتق باداء عين الخمر فكيف يتصور بطلان حقه فى العتق أصلا بعدم الرضا بالزيادة لان اعتبار الزيادة والنقصان على ماذكرنا انما هو عند ابتداء العقد لا فى بقائه اه (أقول) لا يخفى على ذى فطرة سليمة أن الذى يلزم من عدم الرضا بالزيادة عند ابتداء العقد انما هو عدم ثبوت العتق له رأسا لا بطلان حقه فى العتق بعد ثبوت حقه فيه كما تقتضيه عبارة المصنف وهى قوله كى لا يبطل حقه فى العتق اذ الظاهر أن بطلان حق شخص فى شئ انما يكون بعد تعلق حقه به أولا ومورد ما قيل انما هو قول المصنف كى لا يبطل حقه فى العتق أصلا كما صرح به فى النهاية وغيرها فكيف يسقط ذلك باعتبار الشارح المزبور الزيادة والنقصان عند ابتداء العقد وأجاب جماعة من الشراح عن ذلك السؤال بوجه آخر حيث قالوا فان قيل ما وجه قوله

فيها القيمة فقد رضى باداء قيمته وان زادت القيمة على المسمى (قوله وفيما اذا كاتبه على قيمته اذا أدى القيمة يعتق) لانه البدل وانما يثبت أداء القيمة بتصادقهما أو باداء أقصى ما يقع به تقويم المقومين (قوله وأثر الجهالة فى الفساد) يعنى لا فى ابطال العقود هذا جواب اشكال وهو أن يقال أن القيمة مجهولة بجهالة

وقوع العتق باداء عين الخمر فكيف يتصور بطلان حقه فى العتق أصلا بعدم الرضا بالزيادة لان اعتبار الزيادة والنقصان على ماذكرنا انما هو عند ابتداء العقد لا فى بقائه (وفيما اذا كاتبه على قيمته يعتق باداء قيمته لانه هو البدل وأمكن اعتبار معنى العقد الكتابة فى القيمة) استحقاق المسلم تسلمه ولم يذكر أن القيمة بماذا تعرف قيل تعرف بأحد أمرين اما أن يتصادقا على أن ما أدى قيمته فيثبت كون المؤدى قيمته بتصادقهما لان الحق فيما بينهما لا يعدوهما فصار كضمان الغصب والبيع الفاسد واما بتقويم المقومين فان اتفق الاثنان منهم على شئ جعل ذلك قيمة له وان اختلفا لا يعتق ما لم يؤد أقصى القيمتين لان شرط العتق لا يثبت الا بيقين فان قيل القيمة مجهولة فكان الواجب أن يفسد البطلان ولا يعتق بأداء القيمة أجاب بقوله (وأثر الجهالة فى الفساد) أى لا فى البطلان كما فى البيع فانها تفسده لا تبطله فان قيل الكتابة على ثوب كالكتابة على قيمة العبد فكان ينبغى أن يعتق بأداء ثوب كما عتق بأداء القيمة

بخلاف ما اذا كاتبه على ثوب حيث لا يعتق باداء ثوب لانه لا يوقف فيه على مراد العاقد لاختلاف أجناس

كى لا يبطل حقه فى العتق واعتبار القيمة بعد وقوع العتق باداء الخمر وأنه لا يقبل البطلان فكيف يتصور بطلان حقه فى العتق قلنا يحتمل أن يكون القاضى يرى صحة ماروى عن أبى حنيفة أنه اذا كاتبه على الخمر ولم يقل ان أديتها فانت حر فادى الخمر لا يعتق فلو قضى القاضى بتلك الرواية يبطل حقه فى العتق اهـ (أقول) فيه بحث أما أولا فلان مقتضى هذا الجواب أن يكون قوله كى لا يبطل حقه فى العتق علة لعدم قضاء القاضى بتلك الرواية لا لرضا العبد بالزيادة والمذكور فى الكتاب خلافه والكلام فيما ذكر فى الكتاب فلا يتم ذلك الجواب وأما ثانيا فلان ذلك على تقدير تمامه انما يتمشى فى صورة ان لم يقل المولى المكاتب على الخمر ان أديتها فانت حر لا فى صورة ان قال له ذلك اذ لا رواية لعدم العتق عند أداء الخمر فى هذه الصورة فلا رأى للقاضى فيها مع أن ما نحن فيه يعم الصورتين كما لا يخفى فيبقى السؤال فى صورة ثم ان صاحبى النهاية ومعراج الدراية ردا على المصنف ههنا حيث قالا ثم قوله كى لا يبطل حقه فى العتق لا يصلح تعليلا لقوله والعبد رضى بالزيادة لانه يحتمل أن يكون العبد غير راض بالزيادة على المسمى وان بطل حقه فى العتق لان ذلك نفع مشوب بالضرر لان تحمل الزيادة ضرر عليه وان كان عتقه نفعا له اهـ (أقول) ليس ذلك بسديد لان تحمل الزيادة انما يكون ضررا عليه لو كانت الزيادة باقية على ملكه عند عدم تحمل تلك الزيادة واختيار الرق وليس كذلك لا محالة فانه اذا اختار الرق يصير جميع ما اكتسبه ملكا للمولى ويقدر المولى بعد ذلك على أن يستعمله كيف يشاء فيحصل به أكثر من تلك الزيادة فلم يظهر فى رضا العبد بالزيادة ضرر عليه ولا فى عدم رضاه بها نفع له أصلا ثم قالا والاولى فى تعليل ذلك أن يقال لان العبد لما عقد عقد الكتابة الفاسدة مع مولاه كان قابلا قيمة نفسه بالغة ما بلغت لان ذلك موجب عقد الكتابة الفاسدة وهو أقدم عليه باختياره ورضاه ثم قيمة نفسه قد تربو على المسمى فكان راضيا بالزيادة على المسمى ضرورة اهـ (أقول) وهو أيضا ليس بسديد لان فى التعليل بما ذكراه مصادرة على المطلوب فانا بصدد أن يثبت بدليل أن موجب الكتابة الفاسدة قيمة نفس العبد بالغة ما بلغت ومن جملة مقدمات ذلك قوله والعبد رضى بالزيادة فلو عللنا هذه المقدمة بما يبتنى على كون الواجب فى عقد الكتابة الفاسدة قيمة نفس العبد بالغة ما بلغت لزم المصادرة قطعا * ثم أقول بقى شئ فى كلام المصنف وهو أن قوله لان المولى ما رضى بالنقصان الخ دليل شاف مفيد لتمام المدعى وهو أن لا تنقص القيمة عن المسمى وتزاد عليه الا أن قوله لانه عقد فاسد فتجب القيمة عند هلاك المبدل بالغة ما بلغت كما فى البيع الفاسد يرى مستدركا ههنا لانه صار مستغنى عنه بما ذكر قبله من قوله لانه وجب عليه رد رقبته لفساد العقد وقد تعذر بالعتق فيجب رد قيمته كما فى البيع الفاسد اذا تلف المبيع وليس له دلالة على تمام المدعى فانه لا يدل على أن لا تنقص القيمة عن المسمى فلم يكن فى ذكره فائدة فكان الاولى طرحه من البين كما فى الكافى (قوله لانه لا يوقف فيه على مراد العاقد لاختلاف أجناس الثوب فلا يثبت العتق بدون ارادته) قال صاحب العناية وتقريره أن الثوب عوض والعوض يقتضى أن يكون مرادا والمطلق منه ليس بموجود فى الخارج فلا يكون مرادا فتعين أن يكون المتعين مرادا والاطلاع على ذلك متعذر لاختلاف أجناسه فلا يعتق بدون ارادته بخلاف القيمة فانها وان كانت مجهولة يمكن استدراك مراده بتقويم المقومين اهـ كلامه (أقول) فيه كلام أما أولا فلانه ان أراد بالمطلق فى قوله والمطلق منه ليس بموجود فى الخارج فردا مبهما من الثوب فلا

الثوب فينبغى أن تؤثر تلك الجهالة فى فساد العقد على وجه لا يعتق باداء القيمة كما لا يعتق باداء الثوب فاجاب بان جهالة القيمة مستدركة تحذر منه باداء أكثر ما يقع به تقويم المقومين ولا توقف على أداء المشروط وفى الثوب فاسم الثوب كما يتناول ما أدى يتناول غيره ومعلوم أن مراده ليس بمطلق الثوب لانه لا يزيل ملكه عن العبد لاى ثوب كان فكان المراد معينا ولا يدرى أن المؤدى هل هو ذلك المعين أم لا فلا يثبت الاداء فان قيل ينبغى أن يعتق باداء ثوب باعتبار الجهة التعليق اذ الكتابة تضمنت المعاوضة والتعليق فاذا بطل معنى

أجاب بقوله (بخلاف ما اذا كاتبه على ثوب حيث لا يعتق باداء ثوب) وتقريره الثوب عوض والعوض يقتضى أن يكون مرادا والمطلق منه ليس بموجود فى الخارج فلا يكون مرادا فتعين أن يكون المتعين مرادا والاطلاع على ذلك متعذر لاختلاف أجناسه فلا يعتق بدون ارادته بخلاف القيمة فانها وان كانت مجهولة يمكن استدراك مراده بتقويم المقومين فان قلت فان أدى القيمة فيما اذا كاتبه على ثوب يعتق أولا قلت ذكر فى الذخيرة أن الاصل عند علمائنا الثلاثة أن المسمى متى كان مجهول القدر والجنس فانه لا يعتق العبد باداء القيمة ولا تنعقد هذه الكتابة أصلا على المسمى ولا على القيمة

قال (وكذلك ان كاتبه على شئ بعينه لغيره لم يجز) اذا كاتب عبده على شئ هو لغيره فاما أن يتعين بالتعيين كالفرس والعبد أولا كالنقود فان تعين فاما أن يجيزه أولا فان لم يجزه فاما أن عملكه المكاتب بسبب وأداه الى المولى أولا فذلك أربعة أوجه فان لم يتعين بالتعيين كما لو قال كاتبتك على هذه الالف من الدراهم وهي لغيره جاز لانها لا تتعين في المعاوضات فتعلق بدراهم في الذمة وان تعين به ولم يجزه ولم عملكه لم تجز الكتابة في ظاهر الرواية وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يجوز حتى اذا ملكه وسلمه عتق وان عجز رد في الرقلان المسمى مال والقدرة على التسليم موهوم فاشبه ما اذا تزوج امرأة على عبد غيره فان التسمية صحيحة حتى لو لم يجز المالك رجعت على الزوج بقيمة العبد لا بمهر المثل ولو فسدت لرجعت به والجامع كون كل واحد منهما عوض ما ليس بمال ووجه الظاهر ان العين في المعاوضات معقود عليه والمعقود عليه القدرة عليه شرط الصحة اذا كان العقد يحتمل الفسخ كما في البيع فان قيل قد تقدم ان لبدل الكتابة حكم الثمن في البيع حتى كان ذلك مبنى جواز الكتابة الحالة والثمن معقود به لا معقود عليه فلا تكون القدرة عليه شرطا فالجواب ان ذلك اذا كان من النقود وليس الكلام فيها وانما هو في العين فيصير عقد الكتابة بمنزلة المقايضة فيصير

البدل حكم المبيع فيشترط القدرة عليه (قوله بخلاف الصداق في النكاح) جواب عن قوله فاشبه الصداق وذلك لان القدرة على ما هو المقصود بالنكاح وهو التوالد والتناسل وقال في النهاية منافع البضع ليس بشرط لجواز نكاح الرضيعة فعلى ما هو تابع وهو الصداق أولى وهذا الجواب على طريقة تخصيص العلل وتخلصه معلوم (وان أجاز صاحب العين ذلك فعن محمد أنه يجوز لان البيع يجوز عند الاجازة فان اشترى شيأ بمال الغير فاجاز صاحب المال جاز فالكتابة أولى) لان مبناها على المسامحة وقيل لانها لا تفسد بالشرط الفاسد بخلاف البيع فصار صاحب المال مقرضا المال من العبد فتصير العين من أكسابه (وعن أبي حنيفة أنه لا يجوز اعتبارا بحال عدم الاجازة على ما قال في على الكتاب) أي في الجامع الصغير أشار به الى قوله وكذلك ان كاتبه على شئ بعينه لغيره (والجامع) بين ما أجازه المالك وبين ما لم يجزه (ان عقد الكتابة) فيما نحن فيه (لا يفيد ملك المكاسب الذي هو المقصود من الكتابة لانه) أي ملك المكاسب وفي بعض النسخ لانها أي المكاسب لكن لابد من تقدير مضاف (يثبت للحاجة الى الاداء منها ولا حاجة الى الاداء منها فيما اذا كان البدل عينا معينة لغيره والمسئلة فيه) أي فرض المسئلة

الثوب فلا يثبت العتق بدون ارادته قال (وكذلك ان كاتبه على شئ بعينه لغيره لم يجز) لانه لا يقدر على تسليمه ومراده شئ يتعين بالتعيين حتى لو قال كاتبتك على هذه الالف الدراهم وهي لغيره جاز لانها لا تتعين في المعاوضات فيتعلق بدراهم دين في الذمة فيجوز وعن أبي حنيفة رضي الله عنه في رواية الحسن أنه يجوز حتى اذا ملكه وسلمه يعتق وان عجز يرد في الرق لان المسمى مال والقدرة على التسليم موهوم فاشبه الصداق قلنا ان العين في المعاوضات معقود عليه والقدرة على المعقود عليه شرط للصحة اذا كان العقد يحتمل الفسخ كما في البيع بخلاف الصداق في النكاح لان القدرة على ما هو المقصود بالنكاح ليس بشرط فعلى ما هو تابع فيه أولى فلو أجاز صاحب العين ذلك فعن محمد أنه يجوز لانه يجوز البيع عند الاجازة فالكتابة أولى وعن أبي حنيفة أنه لا يجوز اعتبارا بحال عدم الاجازة على ما قال في الكتاب والجامع أنه لا يفيد ملك المكاسب وهو المقصود لانها تثبت للحاجة الى الاداء منها ولا حاجة فيما اذا كان البدل عينا معينا والمسئلة فيه

نسلم أنه ليس بموجود في الخارج اذ الابهام انما ينافي التعيين لا الوجود في الخارج وكم من شئ تجزم بوجوده في الخارج وان لم تتعين خصوصيته عندنا وان أراد بذلك مفهومه الكلي فنسلم أنه ليس بموجود في الخارج ولكن لانسلم حينئذ قوله فتعين أن يكون المتعين مرادا الجواز أن يكون المراد هو المبهم فلابد من بيان بطلان هذا الاحتمال أيضا وأما ثانيا فلان المانع أن يمنع امكان استدراك مراده بتقويم المقوم في صورة الكتابة

المعاوضة لجهالة الثوب بقي معنى التعليق فيعتق كما اذا قال ان أديت الى ثوبا فاي ثوب أدى عتق كذلك ههنا قلنا التعليق في ضمن المعاوضة فاذا بطلت جهة المعاوضة بطلت تلك الجهة أيضا لان المتضمن يبطل ببطلان المتضمن (قوله لانه لا يقدر على تسليمه) لان ملك الغير غير مقدور التسليم (قوله فاشبه الصداق) الجامع كون كل واحد منهما عوض ما ليس بمال ولو تزوج على عبد لغيره جاز حتى وجبت قيمته عند العجز عن التسليم فكذا ههنا (قوله اذا كان العقد يحتمل الفسخ) تحرز به عن النكاح (قوله بخلاف الصداق في النكاح) لان القدرة على ما هو المقصود بالنكاح ليس بشرط أي شرط صحة التسمية في

(قوله فان تعين فاما أن يجيزه) أقول أي يجيز العقد (قوله وان تعين به ولم يجزه ولم عملكه لم تجز الكتابة في ظاهر الرواية) أقول الشارح تصرف في نقل كلام المصنف وأخل به فناقض آخر الكلام أوله والظاهر أن كلام المصنف يجري على عمومه ومراده بالجواز على رواية الحسن هو جوازه ابتداء وفي قوله ولو أجاز جاز هو الجواز انتهاء على أن ينعقد العقد موقوفا وانما سكت في تفصيل ملك المكاتب العين عن رواية الجواز وهي رواية الحسن للغنية عنه بذكرها أولا (قوله وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يجوز حتى اذا ملكه الخ) أقول كالكتابة الحالة فلا يفسخ المولى الا برضا العبد كما هو حكم الكتابة الجائزة ثم أقول انه يخالف ظاهر الغرض عدم الملك فتأمل في دفعه (قوله اذا كان العقد يحتمل الفسخ) أقول احتراز عن النكاح (قوله ليس بشرط) أقول خبر أن

فى ذلك (على مابيناه) ان مراده شئ يتعين بالتعيين (وعن أبى يوسف أنه يجوز أجاز ذلك أولم يجز غيرأنه اذا أجاز وجب تسليم عينه واذالم يجز وجب تسليم قيمتـه كمافى النكاح والجامع صحة التسمية لكون المسمى مالا وان لم يجزه لكن ملك المكاتب العين) بسبب وأداه (فعن أبى حنيفة رواه أبو يوسف عنـه و روى عن أبى يوسف أيضا أنه لا يعتق وعلى هذه الرواية لم ينعقد العقد) وهو ظاهر الرواية (الا اذا قال له اذا أديت الى فأنت حر فحينئذ يعتق بحكم الشرط وعن أبى يوسف أنه يعتق قال ذلك أولم يقل لان العقد ينعقد مع الفساد لكون المسمى مالا فيعتق باداء المشروط وان كاتبه على عين) معين (فى يد المكاتب) سوى النقود (ففيه روايتان) فى رواية كتاب الشرب يجوز وفى رواية آخر كتاب المكاتب لا يجوز (وهى مسئلة الكتابة على الاعيان) وهى التى ذكرت فى قوله وكذلك ان كاتبه على شئ بعينه لغيره (وقد ذكرنا وجه الروايتين فى كفاية المنتهى) ولم نذكره ههنا لطوله وذكره بعض الشارحين على وجه الاختصار فقال وجه رواية الجواز انه كاتبه على مال معلوم مقدور التسليم فيجوز ووجه عدمه ان كسب العبد حال الكتابة ملك المولى فصار كما اذا كاتبه على عين من أعيان ماله وانه لا يجوز وانما قلنا سوى النقود لانه لو كاتبه على دراهم أودنانير فى يد العبد بان كان ماذونا فى التجارة واكتسب جازت الكتابة باتفاق الروايات لانها اذا لم تتعين كانت الكتابة عليها كالكتابة على دراهم مطلقة وهى جائزة قال (واذا كاتبه على مائة دينار الخ) واذا كاتبه على مائة دينار على أن يرد عليه عبدا بغير عينه فالكتابة فاسدة عند أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف هى جائزة وتقسم المائة دينار على قيمة المكاتب وقيمة عبد وسط ويبطل منها حصة العبد ويكون مكاتبا بما بقى لان العبد المطلق يصلح بدلا لكتابة وينصرف الى الوسط وهذا بالاتفاق وكل ماصلح بدلا صلح مستثنى من البدل وهو الاصل فى أبدال العقود وقالا بالموجب أى هذا الاصل مسلم ولكن فيما صح الاستثناء واستثناء العبد عينه من الدراهم غير صحيح وانما يصح باعتبار قيمته وهى لا تصلح بدلا لتفاحش الجهالة من حيث الجنس والقدر والوصف (واذا كاتبه على حيوان و بين جنسه) كالعبد والفرس (ولم يبين النوع) ان تركى أوهندى (ولا الوصف) انه جيد أو ردىء (جازت وينصرف الى الوسط من ذلك الجنس) وقدره أبو حنيفة

على مابيناه وعن أبى يوسف أنه يجوز أجاز ذلك أولم يجز غيرأنه عند الاجازة يجب تسليم عينه وعند عدمها يجب تسليم قيمتـه كما فى النكاح والجامع بينهما صحة التسمية لكونه مالا ولو ملك المكاتب ذلك العين فعن أبى حنيفة رواه أبو يوسف أنه اذا أداه لا يعتق وعلى هذه الرواية لم ينعقد العقد الا اذا قال له اذا أديت الى فأنت حر فحينئذ يعتق بحكم الشرط وهكذا عن أبى يوسف رحمه الله وعنه أنه يعتق قال ذلك أولم يقل لان العقد ينعقد مع الفساد لكون المسمى مالا فيعتق باداء المشروط ولو كاتبه على عين فى يد المكاتب ففيـه روايتان وهى مسئلة الكتابة على الاعيان وقد عرف ذلك فى الاصل وقد ذكرنا وجه الروايتين فى كفاية المنتهى قال (واذا كاتبه على مائة دينار على أن يرد المولى عليه عبدا بغير عينه فالكتابة فاسدة عند أبى حنيفة ومحمد وقال أبو

على القيمة بناء على تقريره فى صورة الكتابة على الثوب اذ قد حكم فيـه بتعين كون المتعين مرادا و بتعذر الاطلاع على ذلك لاختلاف أجناسه ولا شك أن الامر كذلك فى صورة الكتابة على القيمـة أيضا ألا ترى الى قول المصنف فيما مر وأما الثانى فلان القيمـة مجهولة قدرا وجنسا ووصـفا فتفاحشت الجهالة وصار كما اذا كاتب على ثوب أودابة اهـ فكيف يمكن اطـلاع المقومين عـلى مراده فى صورة الكتابة على القيمة حـتى تتعـين بتعيينهم فتامل (قوله ولهما أنه لا يستثنى العبد من الدنانير وانما تستثنى قيمته والقيمة لا تصلح بدلا فكذلك مستثنى) يعـنى انهـما يسلمان الاصل المذكـور ولكن يقولان ذلك فيما صح استثناؤه من غـير أن يورد فساد العقد وههنا استثناء العبـد عينه من الدراهم غير صحيح لاختلاف الجنس وانما يصح استثناؤه منها باعتبار قيمتـه وهى لا تصـلح بدل الكتابة لتفاحش جهالتها قـدرا وجنسا ووصفا كما مر فى أول الفصل فكذلك لا يصلح أن يقع مستثنى من بدل الكتابة كذا فى الشروح والكافى (أقول) يرد على هذا التعليل أنه يقتضى أنه لا تصح الكتابة فيما اذا شرط أن يرد المولى عليه عبدا معينا أيضا لجريانه فيه أيضا بعينه فان قيمة العبد المعين أيضا مجهولة جهالة فاحشة ولهذا لو كاتب عليها لم يصح كما مر فى أول الفصل وعدم المجانسة بين عين العبـد المعين وبين الدراهم أيضا ظاهر مع أنهـم صرحوا بان الكتابة صحيحة بالاتفاق فيما اذا شرط أن يرد عليه عبدا معينا والعجب من صاحب الدرر والغرر أنه علل هذه المسئلة

النـكاح ان يكون المسمى مالا متقوما الا ان يكون مقـدور التسليم اذ القـدرة على تسليم ماهو المقصود بالنكاح وهو البضع ليست بشرط لصحة العقد حتى لو تزوج بنت سنة يجوز وان كانت القدرة معدومة ففيما ليس بمقصود وهو المهر أولى (قوله وان كاتبه على عين فى يد المكاتب) أى على عين هو من كسبه بان كان ماذونا فى التجارة ففيه روايتان وقد عرفت ذلك فى الاصل أى فى المبسوط ذكر فيه عبد ماذون له فى التجارة وفى يده عين حصل من كسبه كاتبه المولى على ذلك العين ففيه روايتان اما اذا كان فى يده دراهم أودنانير حصلت من كسبه يصح على اتفاق الروايات ووجه الجواز ان هذه كتابة على بدل معلوم مقدور التسليم ووجه الفساد ان

(قوله وهو ظاهر الرواية) أقول فلا يناسب كلمة عن فى قوله فعن أبى حنيفة (قوله وانما يصح باعتبار قيمته وهى لا تصلح بدلا لتفاحش الجهالة) أقول لو صح هذا الدليل لم تجز الكتابة اذا كان العبد معينا العين هذا الدليل فان قيمة العبد المعين مجهولة جهالة فاحشة وقد سبق فى أول الفصل

في العبد بما قيمته أربعون درهما وقالا هو على قدر غلاء السعر ورخصه ولا ينظر في قيمة الوسط الى قيمة المكاتب لان عقد الكتابة عقد ارفاق فالظاهر أن يكون البدل على أقل من قيمة المكاتب وانما ينصرف الى الوسط لان الاصل في الحيوان المجهول اذا ثبت في الذمة أن ينصرف الى الوسط كما في الزكاة والدية والوسط فيه نظرا للجانبين (ويجبر على قبول القيمة) لانه قضاء في معنى الاداء على ما عرف في الاصول لانها أصل من حيث ان البدل يعرف بها (وقد مر في النكاح) فصار كأنه أتى بعين المسمى (وانما صح العقد مع الجهالة لانها يسيرة ومثلها يتحمل في الكتابة) لان مبناها على المساهلة (فتعتبر جهالة البدل بجهالة الاجل فيه) حتى لو قال كاتبتك الى الحصاد أو الدياس أو القطاف صحت الكتابة وقد ثبت ان ابن عمر أجاز الكتابة على الوصفاء وهو جمع وصيف وهو العبد للخدمة (وقال الشافعي لا يجوز وهو القياس لانه معاوضة فأشبه البيع) في ان تسمية البدل شرط فيها كما هي شرط فيه والبيع مع البدل المجهول أو الاجل المجهول لا يجوز فكذا الكتابة ولنا أن هذا قياس فاسد لان قياس الكتابة على البيع اما أن يكون من حيث ابتداؤها أو من حيث الانتهاء والاول لا يصح لان البيع معاوضة مال بمال والكتابة معاوضة مال بغير مال لانها في مقابلة فك الحجر في الابتداء وكذلك الثاني لانها وان كانت في الانتهاء معاوضة مال بمال وهو الرقبة لكن على وجه يثبت الملك فيه فأشبه النكاح في الانتهاء وفي أن مبنى كل منهما

يوسف هي جائزة ويقسم المائة الدينار على قيمة المكاتب وعلى قيمة عبد وسط فيبطل منها حصة العبد فيكون مكاتبا بما بقي) لان العبد المطلق يصلح بدل الكتابة وينصرف الى الوسط فكذا يصلح مستثنى منه وهو الاصل في أبدال العقود ولهما أنه لا يستثنى العبد من الدنانير وانما تستثنى قيمته والقيمة لا تصلح بدلا فكذلك مستثنى

قال (واذا كاتبه على حيوان غير موصوف فالكتابة جائزة) معناه أن يبين الجنس ولا يبين النوع والصفة (وينصرف الى الوسط ويجبر على قبول القيمة) وقد مر في النكاح أما اذا لم يبين الجنس مثل أن يقول دابة لا يجوز لانه يشمل أجناسا مختلفة فتتفاحش الجهالة واذا بين الجنس كالعبد والوصيف فالجهالة يسيرة ومثلها يتحمل في الكتابة فتعتبر جهالة البدل بجهالة الاجل فيه وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز وهو القياس لانه معاوضة فأشبه البيع

بوجه آخر وعزاه الى الزيلعي وأورد عليه النقض بما اذا شرط أن يرد عليه عبدا معينا وجعل الوجه المذكور في الكتاب هو الصواب وعزاه الى الكافي حيث قال لان هذا عقد اشتمل على بيع وكتابة لان ما كان من المائة بازاء الوصيف الذي يرده المولى بيع وما كان منها بازاء رقبة المكاتب كتابة فيكون صفقة في صفقة فلا يجوز النهي عنها كذا قال الزيلعي ويرد عليه أنه يقتضي عدم صحة العقد اذا شرط أن يرد عليه عبدا معينا أو أمة معينة والقوم صرحوا بخلافه والصواب ما في الكافي وهو أن بدل الكتابة في هذه الصورة مجهول القدر فلا يصح كما لو كاتبه على قيمة الوصيف وهذا لان العبد لا يمكن استثناؤه من الدنانير وانما تستثنى قيمته والقيمة لا تصلح أن تكون بدل الكتابة لجهالتها فكذا لا تصلح أن تكون مستثنى من بدل الكتابة اهـ ولا يخفى على ذي فطانة أنه لا فرق بين الوجه الذي عزاه الى الزيلعي والوجه الذي عزاه الى الكافي في ورود النقض بالصورة المزبورة عليهما فافراد الاول بورود ذلك عليه واستصواب الثاني ليس بمعقول المعنى (قوله أما اذا لم يبين الجنس مثل أن يقول دابة لا يجوز لانه يشمل أجناسا فتتفاحش الجهالة واذا بين الجنس كالعبد والوصيف فالجهالة يسيرة ومثلها يتحمل في الكتابة) قال في العناية واعترض على المصنف بان شمول اللفظ للاجناس لو منع

الكتابة شرعت على وجه يختص بمكاسبه فتثبت حرية اليد في الحال وتتراخى حرية الرقبة الى وقت الاداء فلو جازت الكتابة هنا كان الاداء من مال المولى لان اكسابه وقت العقد مال المولى فكانت الكتابة على مال منقود للمولى لا على كسب يوجد بعد الكتابة فلا يفيد ملك المكاسب على انه يثبت حرية اليد والرقبة في حالة واحدة لا على وجه التعاقب فيكون اعتاقا ببدل ولا تكون كتابة (قوله ويقسم المائة الدينار الى آخره) حتى اذا كان بدل الكتابة مائة وقيمة المكاتب خمسين وقيمة العبد خمسين يجب على المكاتب أداء الخمسين ويسقط خمسون في مقابلة العبد وانما يقسم على قيمتهما لجواز أن تكون قيمة العبد الوسط مستغرقة كل البدل وعلى هذا لا يحصل للمولى شيء وانه ما رضي بذلك (قوله وهو الاصل في ابدال العقود) يعني الاصل ان كل ما يصلح ان يكون بدلا في عقد يصح استثناؤه منه (قوله ولهما أن العبد لا يستثنى من الدنانير) لان الاستثناء من غير الجنس لا يجوز فيكون استثناء قيمته منها حتى يكون الاستثناء من الجنس ولا يجوز استثناء القيمة لانها لا تصلح بدلا لاشتمالها على نوع جهالة لاختلاف المقومين فيها فاذا استثنى قيمته من المائة بقي الباقي من البدل مجهولا والحاصل ان هذا عقد اشتمل على بيع وكتابة لان ما كان من الدنانير بازاء العبد الذي يرده المولى فهو بيع وما كان منها بازاء رقبة المكاتب فهو كتابة والبيع قد بطل لجهالة الثمن والمعقود عليه فلو جازت الكتابة لجازت بما يختص الرقبة من المائة والكتابة بالحصة كتابة بالقيمة فتكون فاسدة (قوله واذا كاتبه على حيوان غير موصوف فالكتابة جائزة) ومعناه ان يبين الجنس مثل ان يكاتبه على عبد أو وصيف ولا يبين النوع أي لم يقل انه تركي أو هندي والصفة أي لم يقل انه أبيض أو أسود (قوله لانه معاوضة فاشبه البيع)

ولنا

على المساحة وهذا المقدار كاف فى الحاقها بالنكاح وقوله بخلاف البيع لانه مبنى على المماكسة زيادة استظهار وان لم يبين جنسه مثل أن يقول
دابة أو ثوب لم تجز الكتابة لانها تشمل أجناسا وكذلك الثوب لتفاحش الجهالة واعترض على المصنف بان شمول اللفظ للاجناس لو منع الجواز
لما جازت فيما اذا كاتب على عبد لان المصنف ذكر فى كتاب الوكالة أن العبد يتناول

أجناسا ولهذا لم يجوز التوكيل
بشراء العبد والجواب أن
اللفظان شمل أجناسا عالية
كالدابة مثلا أو متوسطة
كالمركوب منع الجواز
مطلقا فى الوكالة والكتابة
والنكاح والبيع وغيرها
وان شمل أجناسا سافلة
كالعبد منعه فيما بنى على
المماكسة كالبيع والوكالة
لافيما بنى على المساحة
كالكتابة والنكاح قال
(واذا كاتب النصرانى
عبده الخ) واذا كاتب
النصرانى عبده الكافر على
مقدار من الخمر جاز لان
الخمر فى حقهم كالخل فى حقنا
وأيهما أسلم فللمولى قيمة
الخمر لان المسلم ممنوع من
تمليك الخمر وتملكها وفى
التسليم تمليك الخمر لان
الغرض أن الخمر غير معينة
فلم يثبت الملك فيها بنفس
العقد بل بالتسليم بخلاف
ما اذا كانت معينة فان الملك
يثبت فيها بمجرد عقد
الكتابة والتسليم نقل من
يد الى يد والمسلم غير ممنوع
من نقل اليد كما اذا غصب
المسلم من الذمى خمرا ثم أسلم
الذمى فانه لا يمنع من استرداد
خمره من يد الغاصب واذا
كان ممنوعا من التسليم فقد
عجز عن تسليم البدل فيجب
عليه قيمته وهذا بخلاف ما اذا

ولنا أنه معاوضة مال بغير مال أو بمال لكن على وجه يسقط الملك فيه فاشبه النكاح والجامع أنه يبتنى على المساحة بخلاف البيع لانه مبنى على المماكسة قال (واذا كاتب النصرانى عبده على خمر فهو جائز) معناه اذا كان مقدارا معلوما والعبد كافر لانها مال فى حقهم بمنزلة الخل فى حقنا (وأيهما أسلم فللمولى قيمة الخمر) لان المسلم ممنوع عن تمليك الخمر وتملكها وفى التسليم ذلك اذ الخمر غير معين فيعجز عن تسليم البدل فيجب عليه قيمتها وهذا بخلاف ما اذا تبايع الذميان خمرا ثم أسلم أحدهما حيث يفسد البيع على ما قاله البعض لان القيمة تصلح بدلا فى الكتابة فى الجملة فانه لو كاتب على وصيف وأتى بالقيمة يجبر على القبول فجاز أن يبقى العقد على

الجواز لما جازت فيما اذا كاتب على عبد لان المصنف ذكر فى كتاب الوكالة أن العبد يتناول أجناسا ولهذا لم يجوز التوكيل بشراء العبد والجواب أن اللفظ ان شمل أجناسا عالية كالدابة مثلا أو متوسطة كالمركوب منع الجواز مطلقا فى الكتابة والوكالة والنكاح والبيع وغيرها وان شمل أجناسا سافلة كالعبد منعه فيما بنى على المماكسة كالبيع والوكالة لا فيما بنى على المساحة كالكتابة والنكاح انتهى (أقول) ليس السؤال بشئ ولا الجواب أما الاول فلانا لا نسلم أن شمول اللفظ للاجناس ان منع الجواز ما جازت فيما اذا كاتب على عبد وقوله لان المصنف ذكر فى كتاب الوكالة أن العبد يتناول أجناسا ولهذا لم يجوز التوكيل بشراء العبد فرية بلا مرية لان المصنف ما ذكر قط فى كتاب الوكالة ولا فى موضع آخر أن العبد يتناول أجناسا والذى ذكره فى كتاب الوكالة انما هو ان العبد يشمل أنواعا وان ما يشمل أنواعا لا يصح التوكيل بشرائه الا ببيان الثمن أو النوع فانه قال هنالك ثم ان كان اللفظ يجمع أجناسا أو ما هو فى معنى الاجناس لا يصح التوكيل وان بين الثمن لان بذلك الثمن يوجد من كل جنس فلا يدرى مراد الآمر لتفاحش الجهالة وان كان جنسا يجمع أنواعا لا يصح الا ببيان الثمن أو النوع لان بتقدير الثمن يصير النوع معلوما وبذكر النوع تقل الجهالة فلا تمنع الامتثال مثاله اذا وكله بشراء عبد أو جارية لا يصح لانه يشمل أنواعا فان بين النوع كالتركى والحبشى والمولد جاز وكذا اذا بين الثمن لما ذكرنا اهـ فهل يتوهم العاقل من ذلك الكلام أن العبد يتناول أجناسا حتى يجعله مدارا للاعتراض على المصنف ههنا وقد سبق الى هذا التوهم صاحبا النهاية ومعراج الدراية ولعمرى انه من العجائب من أمثال هؤلاء الفحول وأما الثانى فلأن الجواب المزبور مع ابتنائه على القول بمراتب الاجناس الذى هو من أصول أهل المعقول دون اصطلاحات أهل الفقه بمعزل عما يفهم من كلام المصنف فى المقامين أى فى كتاب الوكالة وفيما نحن فيه أما هنالك فلما عرفت آنفا وأما فيما نحن فيه فلانه لو كان مراده ما فى الجواب المزبور لزمه أن يقيد الجنس فى قوله ومعناه أن يبين الجنس بالجنس العالى والمتوسط اذ بيان الجنس الاسفل ليس بواجب على مقتضى ذلك الجواب فلا بد من البيان (قوله ولنا أنه معاوضة مال بغير مال أو بمال لكن على وجه يسقط الملك فيه فاشبه النكاح والجامع أنه يبتنى على المساحة بخلاف البيع لانه مبنى على المماكسة) قال صاحب العناية فى شرح هذا المقام ولنا أن هذا

والجامع انه لا يصح الا بتسمية البدل فكانت معاوضة كالبيع ألا ترى انه يقال ويفسخ (قوله ولنا انه معاوضة مال بغير مال) أى ابتداء لان البدل فى الابتداء مقابل بفك الحجر وهو ليس بمال (قوله أو بمال) أى فى الانتهاء لانه فى الانتهاء يقابل الرقبة ولكن على وجه يسقط الملك فيه اذ العبد لا يملك مالية نفسه فشابه النكاح (قوله والجامع انه يبتنى على المساحة) أى الجامع بين عقد الكتابة والنكاح (قوله لان القيمة تصلح بدلا فى الكتابة) أى قيمة المسمى فانه اذا كاتب على وصيف كان ذلك كتابة على قيمة الوصيف فى الحقيقة حتى اذا جاء بقيمة

(قوله وان شمل أجناسا سافلة كالعبد) أقول الذى يشمل التركى والهندى وهما جنسان سافلان (قوله وفى التسليم تمليك الخمر) أقول الاظهر أن يقول وتملكها ليطابق المشروح ألا ترى أن المسلم اذا كان المولى فاللازم هو تملك المسلم الخمر وانما جعل التسليم ظرفا للتملك لاستلزامه اياه كأنه مشتمل عليه (قوله فان الملك يثبت فيها بمجرد عقد الكتابة) أقول أى على رواية جواز الكتابة على عين فى يد المكاتب

تبايع الذميان خمرا ثم أسلم أحدهما حيث يفسد البيع على ماقاله البعض لان العجز كما وقع عن تسليم المسمى وقع عن قيمته لان قيمة المسمى لاتصلح عوضا فى البيع بحال فتفسد وتصلح فى الكتابة فى الجملة فانه لو كاتب على وصيف أى عبد للخدمة وأتى بالقيمة يجبر على القبول فجاز ان يبقى العقد على القيمة لان البقاء أسهل من الابتداء وانما قيد بقوله على ماقاله البعض لان بعض المشايخ قال ينبغى أن يكون الجواب فى البيع كالجواب فى الكتابة معنى والرواية فى الكتابة رواية فى البيع قال (واذا قبض المولى قيمة الخمر عتق لان فى الكتابة معنى المعاوضة فاذا وصل أحد العوضين الى المولى سلم العوض الآخر للعبد وذلك بالعتق بخلاف ما اذا كان العبد مسلما حيث لم تجز الكتابة لان المسلم ليس من أهل التزام الخمر ولو أدى الخمر عتق لما بينا فى أول هذا الفصل) انه اذا أدى الخمر عتق وقال زفر لا يعتق وهذا لان عقد الكتابة تضمن تعليق العتق باداء البدل المشروط فاذا وجد البدل وقع العتق وذكر التمرتاشى أنه لو أدى الخمر لا يعتق فكان فى العتق باداء الخمر روايتان والفرق على احداهما بينها وبين المسلم اذا كاتب عبده على خمر فاداها الى مولاه فانه يعتق أن فى هذه المسئلة انقلبت الكتابة الى قيمة الخمر ولم يبق الخمر بدل هذا العقد لانه انعقد صحيحا على الخمر ابتداء وبقى على القيمة صحيحا بعد الاسلام ولا يتصور بقاؤه صحيحا والخمر بدل فيه فبقاؤه صحيحا دليل على أن الخمر لم يبق بدلا فلا يعتق وفى مسئلة المسلم وقع العقد فاسدا بسبب كون الخمر بدلا وبقى كذلك فلا حاجة الى اخراجها عن البدلية واذا بقى بدلا عتق باداتها *(باب ما يجوز للمكاتب يفعله)* قال

القيمة أما البيع فلا ينعقد صحيحا على القيمة فافترقا قال (واذا قبضها عتق) لان فى الكتابة معنى المعاوضة فاذا وصل أحد العوضين الى المولى سلم العوض الآخر للعبد وذلك بالعتق بخلاف ما اذا كان العبد مسلما حيث لم تجز الكتابة لان المسلم ليس من أهل التزام الخمر ولو أداها عتق وقد بيناه من قبل والله أعلم

(باب ما يجوز للمكاتب أن يفعله)

يعنى ماقاله الشافعى قياس فاسد لان قياس الكتابة على البيع اما أن يكون من حيث ابتداؤها أو من حيث الانتهاء والاول لا يصح لان البيع معاوضة مال بمال والكتابة معاوضة مال بغير مال لانها فى مقابلة فك الحجر فى الابتداء وكذلك الثانى لانها وان كانت فى الانتهاء معاوضة مال بمال وهو الرقبة لكن على وجه يسقط الملك فيه فاشبه النكاح فى الانتهاء وفى أن مبنى كل منهما على المسامحة وهذا المقدار كاف فى الحاقها بالنكاح وقوله بخلاف البيع لانه مبنى على المماكسة زيادة استظهار اهـ كلامه (أقول) فيه نظر أما أولا فلانه جعل قول المصنف فاشبه النكاح متفرعا على الشق الثانى حيث قال فاشبه النكاح فى الانتهاء وليس بتام لان كون النكاح فى الابتداء معاوضة مال وهو المهر بغير مال وهو منفعة البضع ظاهر مقرر عندهم فى محله وأما كونه فى الانتهاء معاوضة مال بمال فغير ظاهر ومما لم يقل به أحد من الشراح ههنا سوى تاج الشريعة والعينى فانهما قالا فى تعليل قول المصنف فاشبه النكاح لان منافع البضع مال عند الدخول فيكون معاوضة مال بمال اهـ فكان حق المقام أن يجعل قول المصنف فاشبه النكاح متفرعا اما على الشق الاول فقط أو على مجموع الشقين وأما ثانيا فلانه قال وهذا المقدار كاف فى الحاقها بالنكاح وجعل قول المصنف بخلاف البيع لانه مبنى على المماكسة زيادة الاستظهار وليس هذا بتام أيضا لان مجرد مشابهة شئ لشئ فى وجه لا ينافى مشابهته لغيره فى ذلك الوجه أو فى وجه آخر فمشابهة عقد الكتابة للنكاح فيما ذكر لا ينافى مشابهته للبيع أيضا ولو لم يذكر قوله بخلاف البيع لانه مبنى على المماكسة لما ظهر اختصاص هاتيك المشابهة بالنكاح حتى يثبت عدم صحة قياس الشافعى عقد الكتابة على البيع كما هو المطلوب على ما أفصح عنه قول الشارح المزبور ولنا أن هذا قياس فاسد لان قياس الكتابة على البيع اما أن يكون من حيث الابتداء أو من حيث الانتهاء الخ فكان قوله بخلاف البيع عمدة فى اثبات المطلوب ولم يكن لزيادة الاستظهار فقط والله الموفق للصواب

(باب ما يجوز للمكاتب ان يفعله ومالا يجوز)

يجبر على القبول فتى جاز ان تنعقد الكتابة على قيمة الشئ ابتداء جاز أن يبقى على القيمة أما البيع لا ينعقد صحيحا على القيمة أصلا فلا يمكن ابقاؤه عليها (قوله واذا قبضها) أى قبض قيمة الخمر عتق وان أدى الخمر عتق أيضا لتضمن الكتابة تعليق العتق باداء البدل المذكور وصار كما لو كاتب المسلم عبده المسلم على خمر فادى المكاتب الخمر فانه يعتق كذا ذكره بعض المشايخ فى شرح الجامع الصغير وفى شرح الطحاوى والتمرتاشى لو ادى الخمر لا يعتق ولو ادى القيمة يعتق لان الكتابة انقلبت الى القيمة ولم يبق الخمر بدل هذا العقد اذا انعقد صحيحا على الخمر ابتداء وبقى على القيمة صحيحا بعد الاسلام ولا يتصور بقاؤه صحيحا والخمر بدل فيه فبقاؤه صحيحا دليل على أن الخمر لم يبق بدلا فلا يعتق باداته ثم العقدان وقع فاسدا بسبب الخمر وبقى فاسدا لذلك فبقى الخمر بدلا واذا بقيت بدلا يعتق باداتها (قوله ولو أداها) أى العبد المسلم الخمر (قوله وقد بيناه من قبل) أى فى أول هذا الفصل وهو قوله فان أدى الخمر عتق وقال زفر رحمه الله لا يعتق *(باب ما يجوز للمكاتب أن يفعله ومالا يجوز)*

قال المصنف (ولو أداها عتق) أقول قال الاتقانى أى لو أدى عين الخمر عتق أيضا فيما اذا أسلم أحدهما الا أن فى الكتابة معنى التعليق وبه صرح قاضيخان فى شرحه للجامع الصغير اهـ وعلى شرحه يكون فى كلام المصنف نوع تعقيد بخلاف شرح السغناقى فتأمل *(باب ما يجوز للمكاتب أن يفعله)*

قال (ويجوز للمكاتب البيع والشراء والسفر) لان موجب الكتابة أن يصير حرا يدا وذلك بمالكية التصرف مستبدا به تصرفا يوصله الى مقصوده وهو نيل الحرية باداء البدل والبيع والشراء من هذا القبيل وكذا السفر لان التجارة ربما لا تتفق فى الحضر فتحتاج الى المسافرة ويملك البيع بالمحاباة لانه من صنيع التجار فان التاجر قد يحابى فى صفقة ليربح فى أخرى قال (فان شرط عليه أن لا يخرج من الكوفة فله أن يخرج استحسانا) لان هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد وهو مالكية اليد على جهة الاستبداد وثبوت الاختصاص فبطل الشرط وصح العقد لانه شرط لم يتمكن فى صلب العقد وبمثله لا تفسد الكتابة

الظاهر أن اكتفاء المصنف فى عنوان هذا الباب بما يجوز للمكاتب أن يفعله لكونه العمدة المقصود بالذات والا فقد ذكر فى هذا الباب كثيرا مما لا يجوز للمكاتب أن يفعله كما ترى ثم ان صاحب العناية قال لما ذكر أحكام الكتابة الصحيحة والفاسدة شرع فى بيان ما يجوز للمكاتب أن يفعله وما لا يجوز له فان جواز التصرف يبتنى على العقد الصحيح اهـ واقتفى أثره الشارح العينى (أقول) لا يذهب على من له أدنى مسكة سماجة التعليل بقولهما فان جواز التصرف يبتنى على العقد الصحيح فان هذا التعليل لا يقتضى تأخير هذا الباب عن أحكام الكتابة الفاسدة بل يقتضى تقدمه عليها ولا يتم التقريب وقال صاحب النهاية لما ذكر أحكام الكتابة الصحيحة والفاسدة شرع فى بيان ما يجوز للمكاتب أن يفعله وان لا يفعله اهـ (أقول) هذا سالم مما يتجه على ما ذكره الشارحان المزبوران لكن فيه أيضا سماجة لانه جعل قوله وان لا يفعله فى حيز يجوز وعطفه على أن يفعله فصار المعنى شرع فى بيان ما يجوز أن يفعله المكاتب وما يجوز أن لا يفعله ولا شك أن الذى ذكر فى هذا الباب وقصد بيانه انما هو ما لا يجوز أن يفعله المكاتب وما لا يجوز أن يفعله كما يفصح عنه قوله ولا يتزوج ولا يهب ولا يتصدق ولا يتكفل ولا يقرض لا بيان ما يجوز أن لا يفعله فان جواز أن لا يفعل شيأ لا ينافى جواز أن يفعله أيضا كما فى الاشياء المباحة التى يستوى فيها جانبا الفعل والترك وما نحن فيه ليس كذلك قطعا (قوله ويجوز للمكاتب البيع والشراء والسفر) قال صاحب العناية قد تقدمت هذه المسئلة فى كتاب المكاتب حيث قال واذا صحت الكتابة خرج المكاتب من يد المولى ولم يخرج من ملكه وكأنه أعادها تمهيدا لقوله فان شرط عليه ان لا يخرج من الكوفة فله أن يخرج استحسانا فانه لم يبين ذلك بيانه ثمة اهـ (أقول) لا يخفى عليك أن ما يصلح أن يكون تمهيدا لقوله المذكور انما هو جواز السفر للمكاتب لا جواز البيع والشراء فحديث الاعادة للتمهيد لا يتم عذرا بالنظر الى مسئلتى البيع والشراء كما ترى وقال بعض الفضلاء لا يخفى عليك أنه انما ذكره هناك استطرادا وانما محل ذكره هنا وهذا لفظ القدورى ههنا اهـ (أقول) وهذا الذى ذكر هنا ليس بلفظ القدورى وانما لفظه فيجوز له البيع والشراء والسفر بفاء التفريع على قوله واذا صحت الكتابة خرج المكاتب من يد المولى ولم يخرج من ملكه وباضمار المكاتب دون اظهاره والذى ذكر هنا بالواو بدل فاء التفريع وباظهار لفظ المكاتب انما هو لفظ البداية نعم حاصل معنا هما واحد لكن هذا متحقق فيما ذكره المصنف فيما مر أيضا فانه قال هناك فيملك البيع والشراء والخروج الى السفر ولا شك أن حاصل معناه متحد بما ذكره هنا وعن هذا قال فى غاية البيان وهذه المسئلة وقع بيانها مكررا لانه ذكرها فى أوائل كتاب المكاتب عند قوله واذا صحت الكتابة خرج المكاتب من يد المولى ولم يخرج من ملكه الا أنه لم يذكر فى البداية ثمة قوله فيجوز له البيع والشراء والسفر وذكر جواز البيع والشراء والسفر فى هذا الموضع فى البداية فلما بلغ فى الهداية هذا الموضع وهى شرح البداية ساق الكلام كما ساق من غير اخلال وان كان ذكر جواز البيع والشراء والسفر فى الهداية قبل هذا اهـ فتبصر (قوله وصح العقد لانه شرط لم يتمكن فى صلب العقد وبمثله لا تفسد الكتابة) قال صاحب العناية فى شرح هذا المحل يعنى أن الشرط الباطل انما

لما ذكر أحكام الكتابة الصحيحة والفاسدة شرع فى بيان ما يجوز للمكاتب أن يفعله وما لا يجوز له فان جواز التصرف يبتنى على العقد الصحيح قال (ويجوز للمكاتب البيع والشراء والسفر) قد تقدمت هذه المسئلة فى كتاب المكاتب حيث قال واذا صحت الكتابة خرج المكاتب من يد المولى ولم يخرج من ملكه وكأنه أعادها تمهيدا لقوله (فان شرط عليه أن لا يخرج من الكوفة فله أن يخرج استحسانا) فانه لم يبين ذلك بيانه ثمة وجه الاستحسان (أن هذا الشرط مخالف لمقتضى عقد الكتابة لان مقتضاه مالكية اليد على جهة الاستبداد وثبوت الاختصاص) بنفسه ومنافعه لحصول ما هو المقصود بالعقد وذلك قد يكون بالضرب فى الارض والتقييد بمكان ينافيه والشرط المخالف لمقتضى العقد باطل فهذا الشرط باطل فان قيل هذا يقتضى بطلان العقد كما فى البيع أجاب بقوله (وصح العقد) يعنى أن الشرط الباطل انما يبطل الكتابة اذا تمكن فى صلب العقد وهو أن يدخل فى أحد البدلين كما اذا قال كاتبتك على أن تخدمنى مدة أو زمانا وهذا ليس كذلك (لانه لا شرط فى بدل الكتابة ولا فيما يقابله فلا تفسد به الكتابة وهذا)

(قوله فان جواز التصرف يبتنى على العقد الصحيح) أقول هذا الوجه بظاهره لا يقتضى تقديم باب الكتابة الفاسدة على هذا الباب بل يقتضى عكسه فلا بد من ملاحظة أمر آخر فتدبر (قوله قد تقدمت هذه المسئلة فى كتاب المكاتب) أقول لا يخفى عليك انه انما ذكره هناك استطرادا وانما محل ذكره اصالة هنا وهذا لفظ القدورى هنا (قوله ولا فيما يقابله) أقول

أى هذا التفصيل (لان الكتابة تشبه البيع) من حيث المعاوضة وعدم صحتهما بلا بدل واحتمالهما الفسخ قبل الاداء (وتشبه النكاح) من حيث انه معاوضة مال بغير مال فعملنا فيه بالشبهين فقلنا ببطلان الشرط وصحة العقد اذا لم يتمكن فى صلب العقد عملا بشبه النكاح و ببطلان العقد اذا تمكن فى صلبه عملا بشبه البيع (أونقول ان الكتابة فى جانب العبد اعتاق) لان الاعتاق ازالة الملك لا الى أحد

وهذا لان الكتابة تشبه البيع وتشبه النكاح فالحقناه بالبيع فى شرط تمكن فى صلب العقد كما اذا شرط خدمة مجهولة لانه فى البدل و بالنكاح فى شرط لم يتمكن فى صلبه هذا هو الاصل أونقول ان الكتابة فى جانب العبد اعتاق لانه اسقاط الملك وهذا الشرط يخص العبد فاعتبر اعتاقا فى حق هذا الشرط والاعتاق لا يبطل بالشروط الفاسدة قال (ولا يتزوج الا باذن المولى)

يبطل الكتابة اذا تمكن فى صلب العقد وهو أن يدخل فى أحد البدلين كما اذا قال كاتبتك على أن تخدمنى مدة أو زمانا وهذا ليس كذلك لانه لا شرط فى بدل الكتابة ولا فيما يقابله فلا تفسد به الكتابة اهـ ورد عليه بعض الفضلاء حيث قال قوله ولا فيما يقابله ممنوع فان مقابله فك الحجر وحرية اليد والمنع من الخروج تخصيص للفك والحرية فليتأمل فان مراده بما يقابله هو المكاتب الا أن هذا الشرط يختص به أيضا كما سيجيء بعد أسطر اهـ (أقول) ليس ذلك بشئ لان كون المنع من الخروج تخصيصا للفك والحرية لا يقتضى كونه داخلا فيهما فان تخصيص الشئ قد يكون بامر خارج عنه أخص منه كما اذا عرفنا الانسان بالحيوان الضاحك فان قيد الضاحك يخصص الحيوان بالانسان مع انه خارج عنه قطعا وما نحن فيه من قبيل ذلك أيضا اذ لا ريب أن المنع من الخروج خارج عن حقيقتا الفك والحرية وكذا الحال لو كان المراد بما يقابله هو المكاتب فان اختصاص هذا الشرط به لا يقتضى دخوله فيه بل لا مجال لدخوله فيه أصلا كما لا يخفى والذى نفاه صاحب العناية انما هو دخول هذا الشرط فى بدل الكتابة أو فيما يقابله اذ به يتحقق التمكن فى صلب العقد كما عينه (قوله وهذا لان الكتابة تشبه البيع وتشبه النكاح فالحقناه بالبيع فى شرط تمكن فى صلب العقد كما اذا شرط خدمة مجهولة لانه فى البدل و بالنكاح فى شرط لم يتمكن فى صلبه هذا هو الاصل) أقول لقائل أن يقول قدم قبيل هذا الباب فى مسئلة جواز الكتابة على حيوان غير موصوف أن أئمتنا قالوا بمشابهة عقد الكتابة للنكاح وعملوا بها واوردوا على الشافعى قوله بمشابهته للبيع فكيف يصح منهم العمل ههنا بشبهه بالبيع أيضا ويمكن أن يجاب عنه بان العمل بالشبهين معا فيما أمكن العمل بهما كما فيما نحن فيه لا ينافى العمل باحدهما بعينه دون الآخر لرجحان الاول على الثانى فيما لا يمكن العمل بهما معا كما فى المسئلة المارة فتأمل (قوله أونقول ان الكتابة فى جانب العبد اعتاق لانه اسقاط الملك وهذا الشرط يخص العبد الخ) قال صاحب غاية البيان لو قال فى جانب المولى اعتاق أو قال فى جانب العبد عتق كان أولى اهـ (أقول) كل من شقى كلامه منظور فيه أما شقه الاول فلانه لو قال فى جانب المولى اعتاق لم يتم المطلوب لان هذا الشرط يخص العبد كما صرح به المصنف فلا يلزم من كون الكتابة اعتاقا فى جانب المولى أن لا يكون الشرط المذكور مغيرا فى جانب العبد بخلاف ما اذا كانت اعتاقا فى جانب العبد كما لا يخفى فلهذا قال ان الكتابة فى جانب العبد اعتاق وأما شقه الثانى فلان الاعتاق فى قوله فى جانب العبد اعتاق مصدر من المبنى للمفعول دون المبنى للفاعل فيؤل الى العتق فكان قوله فى جانب العبد اعتاق وقوله فى جانب العبد عتق بمنزلة واحدة كما لا يخفى ثم قال صاحب الغاية وهذا الذى

(قوله وهذا لان الكتابة تشبه البيع) من حيث انها تحتمل الفسخ فى الابتداء وتشبه النكاح من حيث انها لا تحتمل الفسخ بعد تمام المقصود بالاداء فوفرحظهما عليها فلشبهها بالبيع تبطل بالشرط الفاسد اذا تمكن فى صلبها كما لو شرط خدمة مجهولة بان كاتبه على ان يخدمه مدة لانه فى البدل ولشبهها بالنكاح لا تبطل بالشرط الفاسد اذا لم يتمكن فى صلبها بان كاتبه على ألف الى الحصاد والدياس (قوله هذا هو الاصل) أى العمل بالشبهين هو الاصل أونقول ان الكتابة فى جانب العبد اعتاق لانه اسقاط الملك وفك

والكتابة كذلك لانه لا يحصل للمكاتب شئ وانما يسقط عنه ملك مولاه وكل شرط يختص بجانب العبد فهو داخل فى الاعتاق لدخوله فى الكتابة وهى اعتاق (وهذا الشرط يختص به) فهو داخل فى الاعتاق (والاعتاق لا يبطل بالشروط الفاسدة (قال والتزوج ليس وسيلة اليه)

قوله ولا فيما يقابله ممنوع فان مقابله فك الحجر وحرية اليد والمنع من الخروج تخصيص لفك والحرية فليتأمل فان مراده بما يقابله هو المكاتب الا أن هذا الشرط يختص به أيضا كما سيجيء بعد أسطر (قوله من حيث المعاوضة) أقول حيثية المعاوضة مشتركة بينه و بين النكاح فلا يكون وجه شبه الكتابة بالبيع دون النكاح الا أن يكون وجه الشبه مجموع المعطوف عليه والمعطوف أعنى وعدم صحتهما بلا بدل (قوله وعدم صحتهما بلا بدل) أقول يعنى بلا ذكر بدل (قوله واحتمالهما الفسخ قبل الاداء) أقول واحتمال الفسخ بعد الاداء أيضا لا يضرنا قال المصنف

(أونقول ان الكتابة فى جانب العبد اعتاق) أقول قال الاتقانى لو قال فى جانب المولى اعتاق أو قال فى جانب العبد عتق كان أولى اهـ والامر فيه سهل قال المصنف (فاعتبر اعتاقا فى حق هذا الشرط) أقول قال الاتقانى ولقائل أن يقول اذا كان لشبهه بالعتق لان ينبغى أن لا تفسد الكتابة أيضا اذا دخل الشرط الفاسد فى صلب عقد الكتابة فعلم أن هذا الوجه من البيان ضعيف اهـ ولا يخفى عليك

لان الكتابة فك الحجر مع قيام الملك ضرورة التوسل الى المقصود والتزوج ليس وسيلة اليه ويجوز باذن المولى لان الملك له (ولا يهب ولا يتصدق الا بالشئ اليسير) لان الهبة والصدقة تبرع وهو غير مالك ليملكه الا أن الشئ اليسير من ضرورات التجارة لانه لا يجد بدا من ضيافة واعارة ليجتمع عليه المجاهزون ومن ملك شيأ ملك ماهو من ضروراته وتوابعه (ولا يتكفل) لانه تبرع محض فليس من ضرورات التجارة والاكتساب ولا يملكه بنوعيه نفسا ومالا لان كل ذلك تبرع (ولا يقرض) لانه تبرع ليس من توابع

قالوا ضعيف اذ حاصل كلامهم أن الكتابة تشبه العتق والعتق لا يبطل بالشروط الفاسدة فلا تفسد الكتابة أيضا بالشروط الفاسدة لشبهه بالعتق ولقائل أن يقول اذا كان لشبهه بالعتق أثر ينبغي أن لا تفسد الكتابة أيضا اذا دخل الشرط الفاسد في صلب عقد الكتابة فعلم أن هذا الوجه من البيان ضعيف والاولى ما بيناه آنفا من رعاية الشبهين الى هنا كلامه وقال بعض الفضلاء بعد نقل اعتراض صاحب الغاية على هذا الوجه ولا يخفى عليك أنه يجوز دفعه بملاحظة قوله من جانب العبد فانها من جانب المولى معاوضة فلذلك فسدت بالداخل في صلب العقد أو نقول يندفع بقوله في حق هذا الشرط اه (أقول) كل من وجهي دفعه غير سالم أما وجهه الاول فلان كون الكتابة من جانب المولى معاوضة متحقق في كل صورة من الكتابة فلو كان ذلك علة للفساد لفسدت بغير الداخل في صلب العقد أيضا وان رجع الى العمل بكونها معاوضة فيما دخل في صلب العقد وبكونها اعتاقا في غير ما دخل فيه رعاية للشبهين رجع هذا الوجه الى الوجه الاول وأما وجهه الثاني فلان التقييد بقوله في حق هذا الشرط لا يدفع الاشكال المذكور اذ لقائل أن يقول اذا كان لشبهه بالعتق أثر ينبغي أن يعتبر اعتاقا في غير هذا الشرط أيضا (قوله لان الكتابة فك الحجر مع قيام الملك ضرورة التوسل الى المقصود والتزوج ليس وسيلة اليه) قال بعض الفضلاء تامل هل يمكن تعميم هذا الدليل لعدم جواز تزويج المكاتبة نفسها وقال ولا يخفى أنه لا يمكن انتهى (أقول) بل يمكن تعميمه له اذ الظاهر أن مدار حكمه بانه لا يمكن هو ان المكاتبة بتزويج نفسها تملك المهر فيصير ذلك وسيلة الى اكتساب المال الذي هو المقصود من الكتابة ومأخذ ذلك ماذكره المصنف فيما يأتي في تعليل مسئلة جواز تزويج المكاتب أمته بقوله لانه اكتساب المال فانه يتملك به المهر فيدخل تحت العقد انتهى لكنه ليس بتام فان بين تزويج المكاتبة نفسها وتزويج المكاتب

الحجر واطلاق اليد بمنزلة الاعتاق وهذا الشرط يخص العبد وهو ان لا يخرج من الكوفة فاعتبر أي عقد الكتابة اعتاقا في حق هذا الشرط لا معاوضة والاعتاق لا يبطل بالشروط الفاسدة كما لو اعتق عبدا على انه ساسه فان الشرط باطل والاعتاق صحيح (قوله ضرورة التوسل الى المقصود) وهو نيل الحرية والتزوج ليس وسيلة اليه لان انفكاك الحجر عنه في عقود الاكتساب والتزوج ليس من اكتساب المال بل فيه التزام المهر والنفقة (قوله ولا يتصدق الا بالشئ اليسير) وما دون الدرهم قليل يتوسع الناس فيه (قوله ليجتمع عليه المجاهزون) والمجاهز عند العامة الغني من التجار وكانه أريد به المجهز وهو الذي يبعث التجار بالجهاز وهو فاخر المتاع أو يسافر به فحرف الى المجاهز (قوله ولا يملكه بنوعيه نفسا ومالا) أي الكفالة باذن المكفول عنه وبغير امره لان كل ذلك تبرع اما اذا كان بغير امره فظاهر انه تبرع محض ولا يكون له الرجوع بما ادى فصار كالهبة وان كان بامره فكذلك أيضا لان الكفيل متى ادى يصير مقرضا بما ادي الى المكفول عنه والاقراض تبرع لانه اعارة حكما بدليل ان قبض البدل ليس بشرط في المجلس ولو كان معاوضة فيشترط قبضه في المجلس لكونه صرفا وكذلك الكفالة بالنفس أيضا لا تصح لانه تبرع محض من غير عوض يحصل له ولا يقال انه التزم فعلا في ذمته وهو التسليم وتسليم النفس مما لا يتعلق به المال فكان متصرفا فيما هو خالص حقه فيجوز لانا نقول ان الكفالة متى صحت قد تتعدى الى المال لانه ربما يعجز عن تسليم النفس فيحبس على ذلك ومتى حبس عجز عن الكسب فيتصل ضرر هذا الالتزام بكسبه فكان بمنزلة الكفالة بالمال فلا يجوز سواء كان باذن المولى أو بغير اذنه لانه ملك للمولى لا في منافعه ومكاسبه فوجود اذنه فيما هو تبرع كعدمه (قوله

الكتابة فك الحجر مع قيام الملك ضرورة التوسل الى المقصود أي الى مقصود المولى من البدل وذلك لقيام الملك ومقصود المكاتب وهو تحصيل الكسب للايفاء وذلك بفك الحجر والتزوج ليس وسيلة الى المقصود بل هو مانع عن ذلك فلا يدخل تحت فك الحجر لكن اذا أذن له المولى بذلك جاز لان الملك فيه قائم (ولا يهب ولا يتصدق) المكاتب (الا بالشئ اليسير) وكلامه فيه ظاهر والمجاهز عند العامة هو الغني من التجار وكانه أريد المجهز وهو الذي يبعث التجار بالجهاز وهو فاخر المتاع ويسافر به فحرف الى المجاهز كذا في المغرب (ولا يتكفل) لما ذكرنا (ولا يملكه بنوعيه) يعني

أنه يجوز دفعه بملاحظة قوله من جانب العبد فانها من جانب المولى معاوضة فلذلك فسدت بالداخل في صلب العقد أو نقول يندفع بقوله في حق هذا الشرط والتفصيل في حواشي حميد الدين الضرير فراجعه قال المصنف (ويجوز باذن المولى لان الملك له) أقول تامل هل يمكن تعميم هذا الدليل لعدم جواز تزويج المكاتبة نفسها ولا يخفى أنه لا يمكن

فى الحال سواء كانت بامر المكفول عنه أو بغير أمره لان الثانى تبرع محض فكان كالهبة والاول اقراض لان الكفيل متى أدى صار مقرضا بما أدى للمكفول عنه والاقراض تبرع وانما قيد بالحال لانها بعد العتق صحيحة فى حقه فكان كفالته ككفالة العبد المحجور عليه فان قيل بدل الكتابة مال فى ذمته وتسليم النفس لا ينافى ذلك ولا يضره أجيب بانه يضره فربما يعجز عن تسليم النفس فيحبس على ذلك وهو يخل بالاكتساب الذى يحصل به المال وقوله (وان زوج أمته جاز) ظاهر وقوله (ثم هو يوجب للمملوك مثل ماهو ثابت له) يريد به ملك اليد وهو يملكه ومن ملك شيأ جاز أن يملكه غيره كالمعير يعير (بخلاف الاعتاق على مال) فانه لا يملكه فيوجب للثانى فوق ما أوجب للاول فان العتق يحصل له فى الحال بنفس القبول من غير توقف على أداء المال وهذا غير ثابت للمكاتب فكان تمليك ما لا يملكه وهو لا يجوز (قوله فان أدى الثانى) يعنى ان أدى المكاتب الثانى بدل كتابته قبل أداء الاول (عتق الثانى) لتحقق شرط عتقه (و ولاؤه للمولى لان له فيه نوع ملك) لان الثانى مكاتب المولى بواسطة الاول فكان كتابة المولى للاول بمنزلة علة العلة ولهذا لو عجز الاول كان الثانى مملوكا للمولى كالاول (وتصح اضافة الاعتاق اليه فى الجملة) يقال مولى زيد ومعتق زيد مجازا وان كان معتق معتقه ولهذا يدخل فى الاستئمان على مواليه (فاذا تعذر اضافته الى مباشر العقد لعدم الاهلية) لكونه رقيقا (أضيف اليه) أى الى المولى لكونه علة العلة (كالعبد اذا اشترى شيأ) فانه يثبت الملك للمولى لتعذر اثباته للعبد لعدم الاهلية (فلوأدى الاول بعد ذلك وعتق لا ينتقل الولاء اليه لان المولى جعل معتقا) مباشرة حكما لان العقد انتقل اليه لعدم أهلية المكاتب للاعتاق (والولاء لا ينتقل عن المعتق) مباشرة وقيد بقوله مباشرة لئلا يرد جر الولاء فان ثمة مولى الجارية ليس بمعتق للولد مباشرة بل تسببا باعتبار اعتاق الام والاصل ان الحكم لا يضاف الى السبب الا عند تعذر الاضافة الى العلة والتعذر عند عدم عتق الاب فاذا عتق زال فينجر الولاء الى قوم الاب (وان أدى الثانى) بدل الكتابة (بعد عتق الاول فولاؤه للاول لان المباشر من أهل ثبوت الولاء وهو الاصل فيثبت) قال

الاكتساب (فان وهب على عوض لم يصح) لانه تبرع ابتداء (وان زوج أمته جاز) لانه اكتساب للمال فانه يتملك به المهر فدخل تحت العقد قال (وكذلك ان كاتب عبده) والقياس أن لا يجوز وهو قول زفر والشافعى لان مآله العتق والمكاتب ليس من أهله كالاعتاق على مال وجه الاستحسان أنه عقد اكتساب للمال فيملكه كتزويج الامة وكالبيع وقد يكون هو أنفع له من البيع لانه لا يزيل الملك الا بعد وصول البدل اليه والبيع يزيله قبله ولهذا يملكه الاب والوصى ثم هو يوجب للمملوك مثل ماهو ثابت له بخلاف الاعتاق على مال لانه يوجب فوق ماهو ثابت له قال (فان أدى الثانى قبل أن يعتق الاول فولاؤه للمولى) لان له فيه نوع ملك وتصح اضافة الاعتاق اليه فى الجملة فاذا تعذر اضافته الى مباشر العقد لعدم الاهلية أضيف اليه كما فى العبد اذا اشترى شيأ (فلوأدى الاول بعد ذلك وعتق لا ينتقل الولاء اليه) لان المولى جعل معتقا والولاء لا ينتقل عن المعتق (وان أدى الثانى بعد عتق الاول فولاؤه له) لان العاقد من أهل ثبوت الولاء وهو الاصل فيثبت له

أمته فرقا كما صرح به فى أثناء شرح مسئلة تزويج المكاتب أمته فيما سيأتى وقد أوضحه صاحب النهاية

فان زوج أمته جاز لانه اكتساب المال) ولا يلزم عجز المكاتبة عن تزويج نفسها لان حق المولى فى رقبتها باق ولهذا يملك اعتاقها دون اعتاق أمتها فيمنع ذلك ثبوت ولاية الاستبداد لها بتزويج نفسها ولان فيه تعييب رقبتها فان النكاح عيب فربما يعجز و يبقى هذا العيب فى ملك المولى توضيحه ان النكاح غير مشروع فى الاصل لاكتساب الاموال بل للتحصن والعفة وانفكاك الحجر يثبت للمكاتب فى عقود الاكتساب المال فاذا كان مقصودها من تزويج نفسها شيأ آخر سوى المال لم يكن هذا العقد مما يتناوله الفك الثابت بالكتابة بخلاف تزويج الامة فان قيل هذا موجود فى ابنته ومع ذلك لا يملك تزويجها قلنا نعم ولكن ابنته مملوكة للمولى وأمته ليست بمملوكة للمولى حتى ينفذ عتق المولى فى ابنته دون أمته ولو عجزت وقد حاضت ابنته حيضة لا يجب على المولى فيها استبراء جديد و يلزم ذلك فى أمته ومكاتبته (قوله وقد يكون هو انفع له من البيع) لانه لا يستوجب الثمن فى ذمة المشترى مالم يزل العبد عن ملكه وههنا لا يزول العبد عن ملكه مالم يتملك البدل بالقبض فلما ملك البيع فالكتابة اولى ولهذا يملك الاب والوصى كتابة عبد الصغير (قوله ثم لا يثبت للعبد الا ماهو ثابت له) بخلاف الاعتاق على مال فانه فوق ماهو ثابت له لان الثابت للمكاتب حق الحرية وللمعتق على مال حقيقتها (قوله لان له فيه نوع ملك) وهذا لان لكل واحد منهما حق ملك فى كسب المكاتب الثانى لان كتابة الاول كانت باذن المولى فيكون ما للثانى من حق الكسب منقولا الى المولى وصار كانه مكاتبه من وجه فيكون للمكاتب الاول فيه حق أيضا لانه كسبه فكان هو المباشر لهذا العقد وحقه ارجح من حق المولى لان حقه حق ملك وتصرف وللمولى حق ملك لا غير فاذا كان الاول من اهل ان يثبت له الولاء فهو أولى من المولى وان كان الاول مكاتبا على حاله ولم يكن من أهل الولاء فيخلفه مولاه كالعبد المأذون اذا اشترى شيئا يملكه مولاه بهذا الطريق (قوله وتصح اضافة الاعتاق اليه فى الجملة) ولهذا اذا أوصى لموالى فلان وليس له معتق فى الاحياء وله معتق المعتق

(قوله بخلاف الاعتاق على مال فانه لا يملكه) أقول الاعتاق مصدر من المبنى للمفعول أى لم يحصل له فى حال العتق على المال حتى يملكه غيره

قال (وان أعتق عبده على مال أو باعه من نفسه أو زوج عبده لم يجز) لان هذه الاشياء ليست من الكسب ولا من توابعه أما الاول فلانه اسقاط الملك عن رقبته واثبات الدين فى ذمة المفلس فاشبه الزوال بغير عوض وكذا الثانى لانه اعتاق على مال فى الحقيقة وأما الثالث فلانه تنقيص للعبد وتعييب له وشغل رقبته بالمهر والنفقة بخلاف تزويج الامة لانه اكتساب لاستفادته المهر على ما مر قال (وكذلك الاب والوصى فى رقيق الصغير بمنزلة المكاتب) لانهما يملكان الاكتساب كالمكاتب ولان فى تزويج الامة والكتابة نظرا له ولا نظر فيما سواهما والولاية نظرية

حيث سأل هنالك بان المكاتب لما ملك تزويج أمته بهذه العلة ينبغى أن تملك المكاتبة تزويج نفسها لوجود هذه العلة فيها لانها تكتسب به المهر وتسقط نفقتها عن نفسها ومع ذلك ذكر فى باب بحنا بترقيق المكاتب وولده من كتاب عتاق المبسوط أن المكاتبة لا تتزوج بغير اذن المولى وأجاب بان تزويج المكاتبة نفسها ليس لاكتساب المال بل للتحصين والعفة فان مقصودها من تزويج نفسها شئ آخر سوى المال فلذلك لم يكن هذا العتق مما يتناوله الفك الثابت بالكتابة وقال وبهذا وقع الفرق بين هذا وبين تزويج الامة وعزاه الى المبسوط فتلخص من ذلك الجواب أن الدليل المذكور ههنا يمكن تعميمه لعدم جواز تزويج المكاتبة نفسها أيضا كما لا يخفى على من تأمل تعقف نعم قول جماعة من الشراح وصاحب الكافى بعد قول المصنف والتزوج ليس وسيلة اليه بل فيه التزام المهر والنفقة يشعر باختصاص هذا الدليل بالمكاتب فان التزام المهر والنفقة انما يتصور فى حق المكاتب دون المكاتبة لكن الكلام فى امكان تعميم الدليل الواقع فى عبارة المصنف ثم ان الدليل الاظهر الخالى عن شائبة توهم الاختصاص بالمذكر ما ذكره صاحب البدائع حيث قال ولا يجوز للمكاتب أن يتزوج بغير اذن مولاه وكذا المكاتبة لان المكاتب عبد ما بقى عليه درهم وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أيما عبد تزوج بغير اذن مولاه فهو عاهر لان المولى يملك رقبة المكاتب والمكاتب يملك منافعه ومكاسبه فصار بمنزلة عبد مشترك بين اثنين (١) أنه لا ينفرد واحدهما بالنكاح انتهى كلامه نعم ما ذكره من الدليلين بعبارته ورد فى المذكر ولكن يدل لتعميم المؤنث أيضا لا محالة (قوله وان أعتق عبده على مال أو باعه من نفسه أو زوج عبده لم يجز لان هذه الاشياء ليست من الكسب ولا من توابعه) قال صاحب العناية فى حل هذا المحل قد تقدم أن المكاتب انما يملك ما كان من التجارة أو من ضروراتها اعتاق العبد على مال وغيره مما ذكر ههنا ليس من ذلك فلا يملكه اه (أقول) قد أخل الشارح المذكور بحق المقام فى تقرير الكلام حيث قال ان المكاتب انما يملك ما كان من التجارة أو من ضروراتها مع انه يملك أيضا ما كان من الاكتساب دون التجارة وضروراتها كتزويج أمته وكتابة عبده على ما مر فان الاكتساب أعم من التجارة كما سيجئ فالحق ههنا عبارة المصنف حيث قال لان هذه الاشياء ليست من الكسب ولا من توابعه لا يقال ان مثل تزويج أمته من ضرورات التجارة وان لم يكن من نفس التجارة فاندرج فى قوله أو من ضروراتها لانا نقول ليس ذلك من ضروراتها أيضا لان المأذون له يملك التجارة اجماعا ولا يملك تزويج أمته عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله كما سيأتى وقد تقرر عندهم ان من ملك شيأ يملك ما هو من ضروراته كما مر من قبل فلو كان ذلك من ضروراتها لملكه المأذون له أيضا اجماعا فلا محيص عن المحذور فى كلام الشارح المزبور الا بان يجعل لفظ التجارة فى كلامه مجازا عن مطلق الكسب اطلاقا للخاص على العام (قوله وكذلك الاب والوصى فى رقيق الصغير بمنزلة المكاتب) يعنى يملك الاب والوصى فى رقيق الصغير ما يملكه المكاتب فى رقيق نفسه ولا يملكان فى رقيق الصغير ما لا يملكه فى رقيق نفسه فيملكان تزويج أمة الصغير وكتابة عبده لا تزويجه ولا بيعه من نفسه ولا اعتاقه على مال كذا قالوا واعترض عليه صاحب الاصلاح والايضاح حيث قال فيما نقل عنه فى الحاشية لقائل أن يقول الاعتاق على مال أنفع من البيع على ما مر ولا مانع ههنا بخلاف المكاتب فان كون العتق فوق الكتابة مانع ثمة فاذا ملكا البيع كان

يستحق هذه الوصية هو ولا تكون الاضافة الا الى المولى

قال (وان أعتق عبده على مال) قد تقدم أن المكاتب انما يملك ما كان من التجارة أو من ضروراتها واعتاق العبد على مال وغيره مما ذكره ههنا ليس من ذلك فلا يملكه وقوله (وأما الثالث فتنقيص له) لان من اشترى عبدا ووجده ذا زوجة يتمكن من الرد بذلك العيب وكلامه ظاهر وقوله (على ما مر) اشارة الى قوله وان زوج أمته جاز لانه اكتساب للمال (قوله وكذلك الاب والوصى) ظاهر (قوله ولان فى تزويج الامة والمكاتبة نظرا) أما فى تزويج الامة فلما مر آنفا وأما فى الكتابة فلانه بالعجز يرد رقيقا فربما كان العجز بعد أداء نجوم وذلك لا شك فى كونه نظرا

(قوله انما يملك ما كان من التجارة) أقول الاولى أن يقول من الاكتساب بدل قوله من التجارة حتى يستقيم الحصر فان الاكتساب أعم من التجارة كما سيجئ بعد سطور ويملكه المكاتب

(١) قوله أنه أى فى أنه اه من هامش الاصل اه مصححه

قوله (فاما المأذون له) فظاهر وقوله (وعلى هذا الخلاف المضارب والمفاوض) ذكر فى بعض الشروح أن المفاوض يجوز له أن يكاتب عبد الشركة بلا خلاف واستدل بنقل عن الكرخى وغيره ليس فيه ذكر الخلاف وقال ترك ذكر الخلاف دليل على الاتفاق وفيه مافيه وقوله (هو) يعنى أبا يوسف (قاسه على المكاتب) فان المكاتب يجوز له أن يزوج الامة فكذلك المأذون له (واعتبره بالاجارة) أى اعتبر التزويج بالاجارة فان المأذون له جاز له أن يؤجر عبده أو أمته فكذا يجوز له أن يزوج أمته وقاسه واعتبره مترادفان وقيل استعمل القياس

بين العينين أى المأذون والمكاتب والاعتبار بين الفعلين أى التزويج والاجارة لان المماثلة بين العينين ظاهرة اذ فى كل منهما فك الحجر واطلاق التصرف فكان ذكر القياس فيه أولى بخلاف الفعلين لان المماثلة بينهما ليست الا من حيث الفعلية لا غير لان الاجارة معاوضة مال بمال بخلاف التزويج وفيه نظر لان المراد بالقياس ان كان هو الشرعى فذلك لايكون

قال (فاما المأذون له فلا يجوز له شئ من ذلك عند أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف له أن يزوج أمته) وعلى هذا الخلاف المضارب والمفاوض والشريك شركة عنان هو قاسه على المكاتب واعتبره بالاجارة

ينبغى أن يملكا العتق على مال أيضا اه (أقول) لم يعرف هذا الكتاب ولا فى كتابه ولا فى شئ من الكتب ان العتق أنفع من البيع وانما الذى مر وتقرر فى عامة الكتب ان الكتابة أنفع من البيع لانها لا تزيل الملك الا بعد وصول البدل الى المالك والبيع يزيله قبله ولا شك ان الاعتاق على مال يزيله قبله أيضا مع مافيه من اثبات الدين فى ذمة المفلس كما مر آنفا فلم يكن أنفع من البيع لامحالة ولا نظير البيع فبطل قوله فاذا ملكا البيع كان ينبغى أن يملكا العتق على مال أيضا (قوله فاما المأذون له فلا يجوز له شئ من ذلك عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف له أن يزوج أمته) أقول فى هذا التحرير نوع اشكال لانه ان كان المشار اليه بذلك فى قوله فلا يجوز له شئ من ذلك ماذكره قبيل هذه المسئلة من قوله وان أعتق عبده على مال أو باعه نفسه أو زوج عبده لم يجز فيع كون كلمة أما فى قوله فاما المأذون له فلا يجوز له شئ من ذلك مما يأباه اذ حكم ماذكر قبيله أيضا عدم الجواز ينافيه قوله وقال أبو يوسف له أن يزوج أمته فان تزويج الامة ليس بداخل فى هاتيك الصور المذكورة قبيل هذه المسئلة فما معنى بيان خلاف أبى يوسف فيه وان كان المشار اليه بذلك مجموع ماذكر فى هذا الباب فيتجه عليه أنه يجوز له بعض ذلك كالبيع والشراء فانهما يجوزان للمأذون له قطعا كما يجوزان المكاتب فلا معنى للسلب الكلى فان قلت المشار اليه بذلك مجموع ماذكر فى هذا الباب اصالة ومسئلة جواز البيع والشراء والسفر انما ذكرت فى أول هذا الباب تمهيدا لقوله فان شرط عليه أن لا يخرج من الكوفة الخ كما ذكره صاحب العناية ثمة قلت قد عرفت هنالك ان مايصلح للتمهيد انما هو مسئلة جواز السفر دون مسئلتى جواز البيع وجواز الشراء فحديث الذكر للتمهيد دون الاصالة لايتم عذرا لاهنالك ولاهنا واعلم ان صاحب الوقاية تذكر فى هذا الباب أولا مايصح من تصرفات المكاتب بقوله صح بيعه وشراؤه وسفره وان شرط ضده وانكاح أمته وكتابة عبده وثانيا مالا يصح منها بقوله لاتزوجه الا باذنه ولا هبته ولو بعوض وتصدقه الا بيسير وتكفله واقراضه واعتاق عبده ولو بمال ثم لما قال وشئ من ذا لا يصح من مأذون ومضارب وشريك تفطن شارحها صدر الشريعة لما فى المشار اليه من الاشتباه والاشكال فحمل الاشارة على المنفيات فقط وهى من قوله لاتزوجه الخ لكونها على قرن واحد ولم يحملها على مجموع المنفيات والمثبتات لعدم تمامها فى صورتى البيع والشراء من المثبتات وأما فى هذا الكتاب فلا يتيسر هذا التوجيه أما أولا فلان المنفيات لم تذكر فيه على قرن واحد بل ذكرت كل واحدة من المنفيات والمثبتات مختلطة مع الاخرى فلا تفهم الاشارة الى البعض دون الآخر من اللفظ وأما ثانيا فلان قوله وقال أبو يوسف له أن يزوج أمته يمنع ذلك لان تزويج الامة من قبيل المثبتات فى المكاتب وأنا أتعجب من شراح هذا الكتاب كيف لم يتعرض أحد منهم ههنا لا للتوجيه ولا للاستشكال مع ظهور الركاكة فى التحرير (قوله هو قاسه على المكاتب واعتبره بالاجارة) أى أبو يوسف قاس المأذون له على المكاتب فان المكاتب يجوز له أن يزوج أمته

(قوله هو قاسه على المكاتب) فان له ان يزوج أمته فكذا هؤلاء (قوله واعتبر بالاجارة) فان لهم ولاية الاجارة

(قوله وقوله فأما المأذون له فظاهر) أقول لاوجه للفاء اذ لايتضمن المبتدا معنى الشرط (قوله ذكر فى بعض الشروح) أقول يعنى غاية البيان (قوله وفيه مافيه) أقول فان دلالة ترك ذكر الخلاف على الاتفاق وماذكره عن الكرخى أيضا ممنوعة لكن العلامة الاتقانى لم يقتصر فى الاستدلال على ترك ذكر الخلاف من الكرخى وغيره بل نقل عن شرح الجامع الصغير للفقيه أبى الليث وعن شرح الطحاوى للامام الاسبيجابى مايدل صريحا على الاتفاق وماذكره عن الكرخى أيضا يصلح مؤيدا لذلك ويكفى ذلك لذكره فى هذا المقام ثم قوله يجوز له أن يكاتب عبد الشركة سهو من قلم الكاتب والصواب يجوز له تزويج الامة اذ الكلام فيه (قوله وقيل استعمل القياس) أقول القائل هو السغناقى (قوله لان المماثلة بينهما ليست الا من حيث الفعلية) أقول فى الحصر كلام فانهما يتماثلان فى كون كل منهما من طرق الكسب (قوله لان الاجارة معاوضة مال بمال الخ) أقول لايدل على الحصر الذى ادعاه (قوله وفيه نظر لان المراد بالقياس ان كان هو الشرعى الخ) ولهما

ولهما أن المأذون له يملك التجارة وهذا ليس بتجارة فاما المكاتب يملك الاكتساب وهذا اكتساب

فكذلك الماذون له واعتبر التزويج بالاجارة فان المأذون له يجوز له أن يؤجر عبده وأمته فكذلك يجوز له أن يزوج أمته كذا فى الشروح (أقول) فى كل من قياسه واعتباره نظر أما فى الاول فلانه لو صح قياس المأذون له على المكاتب فيما يجوز له اصح قياسه عليه فى كتابة عبده أيضا فان المكاتب يجوز له أن يكاتب عبده فينبغى أن يجوز للماذون له أيضا أن يكاتب عبده بطريق القياس مع ان كتابة الماذون له عبده مما لا يجوز بالاتفاق وأما فى الثانى فلانه لو تم اعتبار التزويج بالاجارة من حيث ان جوازها للمأذون له يقتضى جوازه له أيضا لزم أن يجوز تزويج عبده أيضا كما يجوز اجارة عبده وأمته على مانص واعليه مع أنه لا يجوز له تزويج عبده بالاجماع ثم ان صاحب النهاية قال ثم استعمل لفظ القياس فى العينين وهما المأذون والمكاتب ولفظ الاعتبار فى الفعلين وهما التزويج والاجارة لان المماثلة بين هذين العينين ظاهرة اذ فى كل منهما فك الحجر واطلاق التصرف فكان شرط القياس موجودا فاستعمل لفظ القياس لذلك وأما فى هذين الفعلين فالمماثلة بينهما من حيث الفعلية لا غير لان الاجارة من المعاوضات المالية من الجانبين لان للمنفعة حكم المالية ألا يرى ان الحيوان لا يثبت دينا فى الذمة بمقابلة المنافع كما لا يثبت دينا بمقابلة الاموال الحقيقية فى البيع فكان استعمال لفظ الاعتبار هنالك أليق اه كلامه (أقول) فيه بحث أما أولا فلانه ان أراد بقوله اذ فى كل منهما فك الحجر واطلاق التصرف ان فى كل منهما فك الحجر واطلاق جميع التصرفات فليس كذلك قطعا اذ لا يجوز لكل واحد منهما كثير من التصرفات على ما فصل فى كتابيهما وان أراد بذلك ان فى كل منهما فك الحجر واطلاق التصرف الذى أطلق فى الآخر أيضا فليس كذلك أيضا ألا يرى أنه يجوز للمكاتب أن يكاتب عبده ولا يجوز ذلك للمأذون له بالاتفاق وان أراد بذلك ان فى كل منهما فك الحجر واطلاق التصرف بعض من التصرفات فى الجملة فبهذا القدر لا تحقق المماثلة المصححة للقياس فضلا عن ظهورها وأما ثانيا فلان قوله لما ان الاجارة من المعاوضات المالية من الجانبين الخ لا يدل على أن تكون المماثلة بين ذينك الفعلين من حيث الفعلية لا غير فان انتفاء المماثلة الغير الفعلية بينهما من الحيثية المخصوصة لا يستدعى انتفاءها من الحيثيات الاخر التى من جملتها كون كل منهما من طرق الكسب فلا يتم التقريب وقال صاحب العناية بعد نقل ما فى النهاية وفيه نظر لان المراد بالقياس ان كان هو الشرعى فذلك لا يكون بين عينين وان كان غير ذلك فلا نسلم أولويته. اه (أقول) هذا النظر مندفع فان المراد بالقياس هو الشرعى كما يرشد اليه جعله دليلا على المسئلة الشرعية قوله فذلك لا يكون بين عينين ان أراد به أنه لا يكون بين نفسى العينين من حيث ذاتيهما فهو مسلم ولكن ليس مراد صاحب النهاية باستعمال القياس بين العينين استعماله بينهما من تلك الحيثية بل مراده بذلك استعماله بينهما من حيث عملهما وتصرفهما ولا ريب فى جريان القياس الشرعى بينهما من هذه الحيثية وان أراد به أنه لا يكون بين العينين بحيثية من الحيثيات فهو فاسد لا محالة على انه لو كان المراد بالقياس ههنا غير الشرعى كان منع الاولوية أيضا ساقطا لان لفظ القياس أكثر وأشهر استعمالا فى معنى المماثلة من لفظ الاعتبار حتى ان معنى المماثلة كان معتبرا فى أصل معنى القياس من حيث اللغة وعن هذا قال فى صحاح الجوهرى وغيره قاس الشئ بالشئ قدره على مثاله فكان استعمال لفظ القياس فى الشيئين اللذين بينهما مماثلة ظاهرة واستعمال لفظ الاعتبار فى الامرين اللذين بينهما مماثلة خفية أولى من العكس قطعا لان فيه توفية الاقوى للاقوى والاضعف للاضعف ثم ان رأى صاحب العناية ههنا أن يكون لفظ القياس ولفظ

بين عينين وان كان غير ذلك فلا نسلم أولويته (ولهما) وهو الفرق بين المأذون والمكاتب (أن المأذون له يملك التجارة وهذا) أى تزويج الامة (ليس بتجارة) لانه ليس بمبادلة المال بالمال والتجارة ذلك (والمكاتب يملك الاكتساب وهذا اكتساب) لانه اسم لما يتوصل به الى المال وبالتزويج توصل المولى الى المهر فكان اكتسابا

أقول المراد هو القياس الشرعى وقوله لا يكون بين عينين ان أراد أنه لا يكون بين عينين حقيقة فسلم وان أراد أنه لا يجعل العينان مقيسا ومقيسا عليه مجازا ففساده ظاهر والحكم بالاولوية لظهور المماثلة فى الاول دون الثانى (قوله وان كان غير ذلك فلا نسلم أولويته) أقول فيه بحث

وكذا ولاية تزويج الامة اذا كل واحد منهما تمليك المنفعة ببدل (قوله ولهما ان المأذون له يملك التجارة وليس هذا بتجارة) لانه ليس بمبادلة المال بالمال اذ البضع ليس بمال حقيقة فصار شبيها بالكتابة ولا يملك هؤلاء الكتابة فكذا هذا اما المكاتب فيملك الاكتساب وهذا اكتساب وهذا بخلاف الاجارة فانها مبادلة المال بالمال ولهذا لا يثبت الحيوان فى الذمة بدلا عن المنافع فكانت تجارة

(قوله ولانه) أى التزويج دليل آخر ومعناه أن اعتبار التزويج بالكتابة لانهما مبادلة مال بغير مال أولى من اعتباره بالاجارة لانها مبادلة المال بالمال لان المنافع فى باب الاجارة مال (ولهذا) أى ولان التزويج ليس من الاكتساب (لا يملك هؤلاء) أى المأذون والمضارب والمفاوض وشريك العنان والمكاتب (كلهم تزويج العبد) لانه ليس باكتساب المال *(فصل)* لما فرغ من ذكر مسائل من هو داخل فى الكتابة بطريق الاصالة ذكر فى هذا الفصل مسائل من يدخل فيها بطريق التبعية وما يتبعها والتبع يتلو الاصل قال (واذا اشترى المكاتب أباه أو ابنه دخل فى كتابته) تقديم الاب فى الذكر ههنا على ابنه للتعظيم وأما فى ترتيب القوة فى الدخول فى كتابته فالابن مقدم على الاب سواء كان مولودا فى الكتابة أو مشترى والمولود مقدم على المشترى فان المولود يظهر فى حقه جميع أحكام الكتابة بطريق التبعية فانه يحرم بيعه حال حياته ويقبل منه بدل الكتابة على نجوم الاب والمشترى يحرم بيعه حال حياته ويقبل منه البدل بعد موت الاب حالا ولا يتمكن من السعاية على نجوم الاب ليظهر نقصان حاله عن المولود فى الكتابة فى التبعية وأما الاب فانه يحرم بيعه حال حياة ابنه المكاتب ولم يقبل منه البدل بعد موته لا حالا ولا مؤجلا وانما قال دخل فى الكتابة ولم يقل صار مكاتبا لانه لو صار مكاتبا لكان أصلا وابقيت كتابته بعد عجز المكاتب الاصلى وليس كذلك بل اذا عجز المكاتب بيع الاب لما أن كتابة الداخل بطريق التبعية لا الاصالة فان قيل ما الفرق بين المشترى فى الكتابة من الاولاد وبين ما اذا كاتب عبده على نفسه وولده الصغير فانه اذا أعتق المشترى لم يسقط من البدل شئ واذا أعتق الصغير
اهل
يسقط من البدل ما يخصه أجيب بان المشترى تبع من كل وجه فلا معتبر به فى أمر البدل لتقرره قبل دخوله فى الكتابة وأما الصغير فقد كان

ولانه مبادلة المال بغير المال فيعتبر بالكتابة دون الاجارة اذ هى مبادلة المال بالمال ولهذا لا يملك هؤلاء كلهم تزويج العبد والله أعلم

(فصل) قال (واذا اشترى المكاتب أباه أو ابنه دخل فى كتابته لانه من أهل أن يكاتب وان لم يكن من

الاعتبار مترادفين حيث قال قبل نقل ما فى النهاية وقاسه واعتبره مترادفان اه (أقول) ان أراد انهما مترادفان من حيث اللغة فهو ممنوع جدا وان أراد انهما مترادفان فى عرف الفقهاء أو المصنفين فلا وجه فليتتبع (قوله ولانه مبادلة المال بغير المال فيعتبر بالكتابة دون الاجارة اذ هى مبادلة المال بالمال) أقول يرد على قوله اذ هى أى الاجارة مبادلة المال بالمال أنه يلزم حينئذ أن ينتقض تعريفهم البيع بمبادلة المال بالمال بالاجارة مع انه تعريف مسلم متفق عليه وأورد عليه بعض الفضلاء بوجه آخر حيث قال فيه بحث لانه مخالف لما ذكره الشارحون فى وجه مناسبة الكتابة بالاجارة فليتأمل اه (أقول) يمكن التوفيق بين ما ذكره المصنف ههنا وبين ما ذكره الشراح فى وجه مناسبة الكتابة بالاجارة فى صدر كتاب المكاتب وهو قولهم أورد عقد الكتابة بعد عقد الاجارة لمناسبة ان كل واحد منهما عقد يستفاد به المال بمقابلة ما ليس بمال اه بان مرادهم بما ليس بمال ما ليس بمال حقيقة ومراد المصنف بالمال فى قوله اذ هى مبادلة المال بالمال ما هو مال حكما وان لم يكن مالا حقيقة فان أحد البدلين فى عقد الاجارة وهو المنفعة جعل فى حكم المال بتسليم رقبة العين واقامتها مقام المنفعة بخلاف عقد الكتابة ويفصح عن كون المراد بالمال فى قوله اذ هى مبادلة المال بالمال ما قلنا قول صاحب معراج الدراية فى تعليل ذلك لما ذكرنا من ان المنفعة فى الاجارة فى حكم المال اه ثم أقول ويمكن أن يحمل المال فى تعريفهم البيع بمبادلة المال بالمال على المال الحقيقى دون ما يتناول الحكمى بناء على قاعدة انصراف المطلق على الكمال فحينئذ لا يرد انتقاض تعريف البيع بالاجارة لان أحد البدلين هناك مال حكما لا حقيقة كما عرفته آنفا ثم ان عامة الشراح قالوا فى تعليل قول المصنف اذ هى مبادلة المال بالمال لان المنافع فى باب الاجارة مال وقال صاحب النهاية بعد ذلك التعليل ولان المنافع فى باب الاجارة تصلح مهرا فى النكاح مع ان النكاح شرع ابتغاؤه بالمال لقوله تعالى أن تبتغوا باموالكم اه وهكذا قال صاحب العناية أيضا غير أنه لم يذكر الواو فى قوله لان المنافع فى باب الاجارة تصلح مهرا فى باب النكاح بل جعله علة لما قبله (أقول) فيه بحث لانه مخالف لما ذكره المصنف فى باب المهر من كتاب النكاح فى تعليل قوله وان تزوج حر امرأة على خدمته سنة أو على تعليم القرآن فلها مهر مثلها حيث قال بعد بيان خلاف الشافعى فى ذلك ولنا ان المشروع انما هو الابتغاء بالمال والتعليم ليس بمال وكذا المنافع على أصلنا اه فانه صريح فى ان المنافع ليست بمال على أصلنا سيما فى باب النكاح فتامل

(فصل) لما فرغ من ذكر مسائل وقوع الكتابة بطريق الاصالة شرع فى ذكر مسائل وقوعها

(فصل) (قوله واذا اشترى المكاتب أباه أو ابنه دخل فى كتابته) حتى يمنع عن بيعه وانما قيد بقوله دخل فى

قال المصنف (ولانه مبادلة المال بغير المال فيعتبر بالكتابة دون الاجارة اذ هى مبادلة المال بالمال) أقول فيه بحث لانه مخالف لما ذكره الشارحون فى وجه مناسبة الكتابة بالاجارة فليتأمل (قوله ولهذا أى ولان التزويج ليس من الاكتساب) أقول ان أراد تزويج الامة فلا شك انه من الاكتساب وان أراد مطلقا فلم يدع أحد أنه من الاكتساب *(فصل واذا اشترى المكاتب)* (قوله والمولود مقدم) أقول أى المولود فى الكتابة الخ (قوله فانه يحرم بيعه حال حياته) أقول يعنى حال حياة الاب (قوله على نجوم الاب) أقول يعنى بعد موته

مقصودا بالعقد من وجه وكان البدل فى مقابلته ومقابلة والده فلهذا يسقط مايخصه ثم المكاتب اذا اشترى من بينه و بينه ولاد دخل فى كتابته كما
ذكرنا لانه لما لم يكن من أهل الاعتاق جعل مكاتبا تحقيقا للصلة بقدر الامكان (واذا اشترى ذا رحم محرم منه لا ولاد له لم يدخل فى كتابته عند أبى
حنيفة وقالا يدخل اعتبارا بقرابة الولاد لان وجوب الصلة ينتظمهما ولهذا لا يفترقان فى الحر فى حق الحرية ولابى حنيفة ان للمكاتب كسبا
لا ملكا) لانه ملك لغيره كما عرف ولهذا لا يملك الهبة ولو اشترى زوجته لم يفسد النكاح (والكسب يكفى للصلة فى الولاد)

لا فى غيره (ألا ترى ان القادر على الكسب يخاطب بنفقة الوالد والولد ولا يجب نفقة الاخ الا على الموسر ولان هذه) أى قرابة الاخوة (توسطت بين) القرابة البعيدة من (بنى الاعمام) والقرابة القريبة (و) هى (الولاد) والمتوسط بين الشيئين ذو حظ منهما (ف) عملنا بالشبهين و (ألحقناها بالثانية) أى القريبة فى العتق حتى اذا ملك الحر أخاه عتق عليه كما اذا ملك والده أو ولده (و بالاولى) أى بالبعيدة (فى الكتابة) حتى اذا ملك المكاتب أخاه لم يدخل فى كتابته كما اذا ملك ابن عمه (وهذا أولى) من العكس لانا لو ألحقناها بالولاد فى الكتابة وجب علينا أن نلحقها به أيضا فى العتق (لانه أسرع نفوذا من الكتابة حتى ان أحد الشريكين اذا كاتب كان للآخر فسخه واذا أعتق ليس له ذلك) وفى ذلك ابطال لاحد الشبهين واعمالهما ولو بوجه أولى من اهمال أحدهما قال (واذا اشترى أم ولده

أهل الاعتاق فيجعل مكاتبا تحقيقا للصلة بقدر الامكان ألا ترى أن الحرمتى كان يملك الاعتاق يعتق عليه (وان اشترى ذا رحم محرم منه لا ولاد له لم يدخل فى كتابته عند أبى حنيفة وقالا يدخل) اعتبارا بقرابة الولاد اذ وجوب الصلة ينتظمهما ولهذا لا يفترقان فى الحر فى حق الحرية وله أن للمكاتب كسبا لا ملكا غير أن الكسب يكفى للصلة فى الولاد حتى ان القادر على الكسب يخاطب بنفقة الوالد والولد ولا يكفى فى غيرهما حتى لا تجب نفقة الاخ الا على الموسر ولان هذه قرابة توسطت بين بنى الاعمام وقرابة الولاد فألحقناها بالثانى فى العتق و بالاول فى الكتابة وهذا أولى لان العتق أسرع نفوذا من الكتابة حتى ان أحد الشريكين اذا كاتب كان للآخر فسخه واذا أعتق لا يكون له فسخه قال (واذا اشترى أم ولده دخل ولدها فى الكتابة ولم يجز بيعها) ومعناه اذا كان معها ولدها أما دخول الولد فى الكتابة فلما ذكرناه وأما امتناع بيعها فلانها تبع للولد فى هذا الحكم قال عليه الصلاة والسلام أعتقها ولدها وان لم يكن معها ولدها فكذلك الجواب فى قول أبى يوسف ومحمد

بسبيل التبعية وما يتبعها لان التبع يتلو الاصل (قوله واذا اشترى أم ولده دخل ولدها فى الكتابة ولم يجز بيعها) هذا لفظ القدورى قال المصنف ومعناه اذا كان معها ولدها وقال صاحب العناية فى شرح المقام امرأة المكاتب القنة اذا ولدت قبل أن يملكها المكاتب بوجه من الوجوه فملكها فان ملكها مع الولد فليس له أن يبيعها بالاتفاق (أقول) فى عبارته خلل لان القنة بالتاء فى وصف المرأة تخالف اللغة اذ قد تقرر فى كتب اللغة عامة ان لفظ القن يستوى فيه الاثنان والجمع والمؤنث حيث قال صاحب المغرب وأما أمة قنة فلم أسمعه اه (قوله وأما امتناع بيعها فلانها تبع للولد فى هذا الحكم قال عليه الصلاة والسلام أعتقها ولدها) قال تاج الشريعة فان قلت اذا ثبت للولد حقيقة الحرية يثبت للام حقها وههنا يثبت للولد حق الحرية

كتابته ولم يقل صار مكاتبا لانه لو كان مكاتبا اصالة لبقيت كتابته بعد عجز المكاتب الاصلى بل يعجز الداخل بعجز الاصلى حتى اذا عجز المكاتب يبيع الاب لما ان كتابة الداخل بطريق التبعية لا بطريق الاصالة (قوله ألا ترى ان الحرمتى كان يملك الاعتاق يعتق عليه) أى اذا اشترى أباه أو ابنه (قوله وله ان للمكاتب كسبا لا ملكا) ولهذا تحل الصدقة له وان أصاب مالا ولا يملك الهبة ولا يفسد نكاح امرأته اذا اشتراها بيانه ان المكاتب لا ملك له فى الحقيقة لكن يقدر على الاكتساب والقدرة عليه توجب النفقة فى قرابة الولاد حتى تجب نفقة الوالدين والولد على القادر على الكسب وان لم يكن موسرا ولا تجب نفقة الاخ الا على الموسر (قوله ولان هذه قرابة توسطت بين بنى الاعمام وقرابة الولاد) يعنى قرابة الاخ وأمثالها متوسطة بين قرابة بنى الاعمام وهى بعيدة لانها بواسطة العم وهو بواسطة الجد و بين قرابة الولاد وهى قريبة لانها بغير واسطة وهذه القرابة بواسطة الاب أو الجد أو نحو ذلك فاشبهت بنى الاعمام فى حق الزكاة وحل الحليلة وقبول الشهادة وجريان القصاص وأشبهت الولاد فى حق حرمة المناكحة وافتراض الصلة وحرمة الجمع بينهما نكاحا فالحقناها بالولاد فى العتق و ببنى الاعمام فى الكتابة توفيرا على الشبهين حظهما (قوله وهذا أولى) أى من العمل على عكسه لان العتق أسرع نفوذا أى لو ألحقناها بالولاد فى حق الكتابة لالغينا الشبه الآخر لانه يلزم الحاقها بالولادة فى حق العتق لان العتق أسرع نفوذا من الكتابة (قوله ولم يجز بيعها) ولم يدخل فى كتابته حتى لا يعتق بعتقه نص عليه فى المبسوط (قوله أما دخول الولد فى الكتابة فلما ذكرنا) اشارة الى قوله تحقيقا

الخ) امرأة المكاتب القنة اذا ولدت قبل أن يملكها المكاتب بوجه من الوجوه فملكها فان ملكها مع الولد فليس له أن يبيعها بالاتفاق لان ولدها دخل فى الكتابة كما مر ولم يجز بيعها اذا عجز والام تابعة للولد فى هذا الحكم قال صلى الله عليه وسلم أعتقها ولدها وان ملكها وحدها فكذلك

(قوله ولان هذه أى قرابة الاخوة) أقول الانسب أن يقال أى قرابة المحرمية غير الولاد (قوله قبل أن يملكها المكاتب بوجه من الوجوه) أقول أى بالشراء أو الهبة أو الاجارة وقوله بوجه متعلق بقوله يملكها

عنـدهما لانها أم ولد خلافا لابي حنيفة له أن القياس جواز بيعها وان كان الولد معها لان كسب المكاتب موقوف على أداء جميع البدل فان أدى عتق وما فضل معه فهو له وان عجز عاد هو وماله للمولى وكل موقوف يقبل الفسخ فكسب المكاتب يقبل الفسخ وما يقبل الفسخ لا يجوز أن يتعلق به ما لا يقبل الفسخ كالاستيلاد لان ما لا يقبله أقوى من الذى يقبله والاقوى لا يجوز أن يكون تبعا للادنى الا أنه يثبت هذا الحق وهو امتناع البيع فيما اذا كان معها ولد تبعا لثبوته فى الولد بناء عليه وبدون الولد لو ثبت هذا الحق ثبت ابتداء والقياس ينفيه ولقائل أن يقول القياس كما ينفيه ابتداء ينفيه مع الولد على ما ذكر فى أول الدليل فتخصيص نفيه بالابتداء مع أنه مناف لصدر الكلام

لانها أم ولد خلافا لابى حنيفة وله أن القياس أن يجوز بيعها وان كان معها ولد لان كسب المكاتب موقوف فلا يتعلق به ما لا يحتمل الفسخ الا أنه يثبت به هذا الحق فيما اذا كان معها ولد تبعا لثبوته فى الولد بناء عليه وبدون الولد لو ثبت ثبت ابتـداء والقياس ينفيه (وان ولد له ولد من أمة له دخل فى كتابته) لما بينا فى المشترى (وكان حكمه كحكمه وكسبه له) لان كسب الولد كسب كسبه ويكون كذلك قبل الدعوة فلا ينقطع بالدعوة اختصاصه وكذلك ان ولدت المكاتبة ولدا لان حق امتناع البيع ثابت فيهما مؤكدا فيسرى الى الولد

فينبغى أن لا يثبت للام حقها تحقيقا لانحطاط رتبتها عن الولد قلت للكتابة أحكام منها عدم جواز البيع فيثبت للام هـذا الحكم دون الكتابة تحقيقا لانحطاط الرتبة فان قلت لم لا تصير مكاتبـة تبعا للولد قلت لان العقد ما ورد عليها اهـ (أقول) فيه نظر لان عدم ورود العقد عليها لا يقتضى أن لا تصير مكاتبة تبعا للولد وانما يقتضى أن لا تصير مكاتبة أصالة ألا يرى أن المكاتب اذا اشـترى أباه دخل أبوه فى كتابته ويصير مكاتبا تبعا لولده كما مر مع ان العقد ما ورد على الاب هنالك أيضا قطعا فالصواب فى الجواب عن السؤال الثانى أن يقال انما لا تصير مكاتبة تبعا لولده تحقيقا لانحطاط رتبتها عن ولدها فى حق الحرية ألا يرى أنها لا تصير حرة فى الحال تبعا لحرية ولدها فى الحال بل يثبت لها عتق مؤجل بموت سيدها على ما عرف فى موضـعه فكذا لا تصـير مكاتبة تبعا لولدها بل يثبت لها بعض أحكام الكتابة كما ذكر فى الجواب عن السؤال الاول بخلاف الاب اذا ملكه ولده فانه يدخل فى عين حرية ولده سواء كانت حقيقة الحرية أو حقها تحقيقا للصـلة بقـدر الامكان على تمام ثم قال تاج الشريعة فان قلت العقد ما ورد على الولد أيضا قلت ورد على المكاتب والولد جزؤه فيكون واردا عليه بخلاف الامة اهـ (أقول) فيه أيضا نظر لان كون قرابة الولد قرابة جزئيـة لا يقتضى أن يكون ورود العقد على الاب ورودا على الولد أيضا والا يلزم أن تكون كتابة الولد أيضا فيما نحن فيـه أصالة لا تبعا لوالده فلا يصح قول المصـنف أما دخول الولد فى الكتابة فلما ذكرنا كما لا يخفى ويلزم أيضا أن لا يثبت فرق عنـد أبى حنيفة رحمه الله تعالى بين ما اذا كان معها ولدها فى الاشتراء وبين ما اذا لم يكن ولدها معها فيه تدبر تقف (قوله وله أن القياس أن يجوز بيعها وان كان معها ولد الى قوله وبدون الولد لو ثبت ثبت ابتداء والقياس ينفيه) قال

الصلة بقدر الامكان (قوله لان كسب المكاتب موقوف) أى كسب المكاتب موقوف بين أن يؤدى فيتقرر له وبين أن يعجز فيتقرر للمولى فلا يتعلق به ما لا يحتمل الفسخ وهو أمومية الولد اذ لو تعلق لكان كسب المكاتب غير محتمل للفسخ أو كان الاستيلاد محتملا للفسخ فينفسخ بانفساخ الكتابة فحينئذ يلزم ان يجعل الشئ الذى لا يقبل الفسخ من جملة الشئ الذى يقبل الفسخ بطريق التبعية وذلك لا يجوز لان الذى لا يقبل الفسخ أقوى فلا يكون تبعا لما هو دونه الا أنه يثبت امتناع بيعها اذا كان معها ولدها تبعا لثبوته فى الولد بناء عليـه وما يثبت بشروط المتبوع لو ثبت بدون الولد ثبت ابتداء والقياس ينفيه (قوله مؤكدا) احترازعن ولد

كالتدبير

تحكم والجواب أنه ليس بتحكم وانما هو من باب الاستحسان بالاثر وهو قوله صلى الله عليه وسلم اعتقها ولدها ولا شك ان الولد انما يعتق الام اذا ملكه الاب وقوله والقياس ينفيه يعنى ولا نص فيه يترك به القياس بخلاف ما اذا كان معها الولد (وان ولد للمكاتب ولد من أمة له دخل فى كتابته لما بينا فى المشترى) يعنى فى أول الفصل حيث قال لانه من أهل أن يكاتب ان لم يكن من اهل الاعتاق واعترض بأن المكاتب لا يملك التسرى فمن أين له ولد من الامة حتى يدخل فى الكتابة وأجيب بأن معنى قوله لا يملك التسرى لا يحل له وطء أمته لكن ان وطئ وادعى النسب ثبت النسب كالجارية المشتركة فانه ليس لاحد الشريكين وطؤها لكن ان وطئها فولدت وادعاه ثبت النسب قال فى المبسوط جارية بين حر ومكاتب ولدت ولدا فادعاه المكاتب فان الولد ولده والجارية أم ولد له ويضمن نصف عقرها ونصف قيمتها ولا يضمـن من قيمة الولد شيأ لان المكاتب بماله من حق الملك فى كسبه يملك الدعوة كالحر فبقيام الملك له فى نصفها ههنا ثبت نسب الولد منه من وقت العلوق ويثبت لها حق أمية الولد فى حق امتناع البيع تبعا لثبوت حق الولد (قوله وكان حكمه كحكمه) أى حكم الولد كحكم المكاتب (وكسبه له) أى كسب الولد لوالده (لان كسب الولد كسب كسبه) اذ الولد كسبه (وكان ذلك قبـل الدعوة فلا ينقطع بالدعوة لاختصاص المكاتب بكسب ولده وكذلك اذا ولدت المكاتبة من زوجها دخل الولد فى كتابتها لان حق امتناع البيـع ثابت فيهما مؤكدا) فصار من الاوصاف القارة الشرعية والاوصاف القارة الشرعية فى الامهات

كالتدبير والاستيلاد قال (ومن زوج أمته من عبده ثم كاتبهما فولدت منه ولدا دخل فى كتابتها وكان كسبه لها) لان تبعية الام أرجح ولهذا يتبعها فى الرق والحرية قال (وان تزوج المكاتب باذن مولاه امرأة زعمت انها حرة فولدت منه ثم استحقت فأولادها عبيد ولا يأخذهم بالقيمة وكذلك العبد يأذن له المولى بالتزويج وهذا

صاحب العناية ولقائل أن يقول القياس كما ينفيه ابتداء ينفيه مع الولد على ماذكر فى أول الدليل فتخصيص نفيه بالابتداء مع انه مناف لصدر الكلام تحكم والجواب انه ليس بتحكم وانما هو من باب الاستحسان بالاثر وهو قوله صلى الله عليه وسلم أعتقها ولدها ولاشك ان الولد انما يعتق الام اذا ملكه الاب وقوله والقياس ينفيه يعنى ولا نص فيه يترك به القياس بخلاف ما اذا كان معها ولدها الى هنا كلامه (أقول) فى الجواب بحث وهو ان الاثر المذكور لا يفرق بين ما اذا كان معها ولدها وبين ما اذا لم يكن معها ولد بل هو بظاهر اطلاقه يتناول الصورتين معا فقوله ولاشك ان الولد انما يعتق الام اذا ملكه الاب ان أراد أن الاثر المذكور يدل عليه فهو ممنوع جدا وان أراد به ان ذلك المعنى ثابت مقرر بدون دلالة الاثر المذكور عليه فهو يؤدى الى المصادرة اذ هو أول المسئلة فان الامامين لم يقبلاه فلهذا لم يجوزا بيع المكاتب امرأته المشتراة التى ولدت منه قبل أن يملكها بناء على انها أم ولده وان لم يملك ولدها فقط على أن قوله ولاشك أن الولد انما يعتق الام اذا ملكه الاب ليس بتام على قول أصحابنا جميعا لانه ان أراد بالملك فى قوله اذا ملكه الاب ملك اليمين فهو ليس بشرط فى اعتاق الولد أمه عند أحد من الفقهاء ألا ترى أن الحر اذا استولد أمة نفسه لا يجوز بيعها بالاثر المزبور بعينه مع أن الولد هنالك ليس بمملوك للاب بملك اليمين بلا ريب وان أراد بذلك ملك التصرف فى أمره بالولاية عليه فهو أيضا ليس بشرط فى اعتاق الولد أمه عند أصحابنا فان من استولد أمة غيره بنكاح ثم ملكها صارت أم ولد له عند أصحابنا جميعا على مامر فى باب الاستيلاد من كتاب العتاق فلا يجوز بيعها عندهم مع أن التصرف فى أمر ذلك الولد فى الولاية عليه انما هو لذلك الغير الذى كان مولى ذلك الولد بسبب ان كانت الامة مملوكة له عند الاستيلاد لا لابيه فظهر أن قوله ولاشك أن الولد انما يعتق الام اذا ملكه الاب ليس بتام على كل حال (قوله ومن زوج أمته من عبده ثم كاتبهما فولدت منه ولدا دخل فى كتابتها وكان كسبه لها) وفى بعض النسخ دخل فى كتابتهما وكان كسبه لها أى فى الدخول يتبعهما وفى الكسب يتبعها خاصة والاول هو الوجه لان فائدة الدخول هو الكسب كذا فى العناية وغيرها قال بعض الفضلاء فيه تأمل اذ يجوز أن يقال فائدته أن يعتق بعتقها سواء كسب أم لا بأن لم

الآبقة حيث لا يجوز بيعها ويجوز بيع ولدها لما ان الامتناع فى الآبقة غير مؤكد فلا يسرى الى الولد (قوله دخل فى كتابتها) وفى بعض النسخ فى كتابتهما ومعناه اذا كاتبهما كتابة واحدة يدخل الولد فى كتابتهما لكن باعتبار تبعية الام حتى يكون كسبه لها كما اذا كانت الكتابة متفرقة والصحيح هو الاول (قوله زعمت انها حرة) الغرور انما يثبت بقول الامة انها حرة وكذا اذا زوجها منه حر على انها حرة أو زوجها منه عبد أو مدبر أو مكاتب على انها حرة ويرجع المغرور بما ضمن من قيمة الولد على الامة بعد عتقها ويرجع المستحق على الحر وعلى المدبر والعبد والمكاتب اذا عتقوا وأما اذا أراد أن يتزوج امرأة فأخبره رجل انها حرة ولم يزوجها اياه وتزوجها الرجل على انها حرة فاذا هى أمة وقد ولدت ضمن الزوج قيمة الولد لانه مغرور ولا يرجع الزوج على المخبر بشئ لانه ما التزم شيأ انما أخبره بخبر كان كذبا وذلك لا يثبت له حق الرجوع كما لو أخبره ان الطريق آمن فسلك فأخذه اللصوص ولكن يرجع بقيمة الولد على الامة اذا أعتقت لانها غرته حين زوجت نفسها منه على انها حرة واذا تزوجها وهو لا يعلم انها أمة أو تزوجها وهو يحسب انها حرة ولم يغره فيها أحد فالولد رقيق لان هذا ظن منه والظن لا يغنى من الحق شيأ (قوله ولا يأخذهم بالقيمة) أى

(كالتدبير والاستيلاد) والحرية والرق تسرى الى الاولاد فقوله مؤكدا اشارة الى ذلك احترازا عن ولد الآبقة فان بيعها لا يجوز وبيع ولدها يجوز لان امتناع البيع فى الآبقة غير مؤكد اذ الاباق مما لا يدوم وكذا بيع المستأجرة والجانية فان الامة اذا اتصفت بما امتنع بيعها الامقرونا بشئ لكنه ليس بمؤكد فقولهم الاوصاف القارة احتراز عن مثل هذين الوصفين وقولهم الشرعية احتراز عن السواد والبياض والطول والقصر فانها لا تسرى واذا سرت كتابتها الى ولدها لم يجز بيعه كما لم يجز بيع أمه قال (ومن زوج أمته من عبده) هذا أيضا بناء على أن الاوصاف القارة الشرعية فى الامهات تسرى الى الاولاد ولهذا كان الولد داخلا فى كتابة الام وكسبه لها (قوله لان تبعية الام أرجح) اشارة الى ماذكرنا ولهذا استوضح بقوله ولهذا يتبعها فى الرق والحرية وفى بعض النسخ دخل فى كتابتهما وكسبه لها أى فى الدخول يتبعهما وفى الكسب يتبعها خاصة والاول هو الوجه لان فائدة الدخول هو الكسب وانما كان تبعية الام أرجح لانه جزء منها بحيث يقرض منها بالمقراض قال (وان تزوج المكاتب باذن مولاه امرأة زعمت انها حرة فولدت منه ثم استحقت فأولادها عبيد ولا يأخذهم المكاتب بقيمة يؤديها الى المستحق

(قوله والاول هو الوجه لان فائدة الدخول هو الكسب) أقول فيه تأمل اذ يجوز أن يقال فائدته ان يعتق بعتقها سواء كسب ام لا بأن يبلغ مبلغ الكسب مثلا

عنـد أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد أولادها احرار بالقيمة) لانه ولد المغرور لوجود سببه وهو الغرور ولانه مارغب في نكاحها الا لينال
حرية الاولاد فيجب عليه قيمة الاولاد والمهر في الحال لوجود الاذن من المولى والاولاد احرار هكذا في المبسوط وفي شروح الجامع الصغير أن
قيمة الاولاد عنده يتأخر أداؤها الى ما بعد العتق واليه أشار المصنف بقوله (لان حق المولى هناك مجبور بقيمة ناجزة الخ) ثم اذا غرم القيمة
يرجع بها عنده لان الغرور حصل منها (ولهما أنه مولود بين رقيقين والمولود بين رقيقين رقيق وهذا لان الاصل في الولد أن يتبع الام في
الرق والحرية لكن تركنا هذا الاصل فيما اذا كان الرجل حرا باجماع الصحابة) وقد قررناه في التقرير (وهذا)

عنـد أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد أولادها احرار بالقيمة) لانه شارك الحر في سبب ثبوت هذا الحق وهو
الغرور وهذا لانه مارغب في نكاحها الا لينال حرية الاولاد ولهما أنه مولود بين رقيقين فيكون رقيقا وهذا
لان الاصل ان الولد يتبع الام في الرق والحرية وخالفنا هذا الاصل في الحر باجماع الصحابة رضي الله عنهم وهذا
ليس في معناه لان حق المولى هنالك مجبور بقيمة ناجزة وههنا بقيمة متأخرة الى ما بعد العتق فيبقى على الاصل
ولا يلحق به قال (وان وطئ المكاتب أمة على وجه الملك بغير اذن المولى ثم استحقها رجل فعليه العقر يؤخذ به في
الكتابة وان وطئها على وجه النكاح لم يؤخذ به حتى يعتق وكذلك المأذون له) ووجه الفرق أن في الفصل
الاول ظهر الدين في حق المولى لان التجارة وتوابعها داخلة تحت الكتابة وهذا العقر من توابعها لانه لولا
الشراء لما سقط الحد وما لم يسقط الحد لا يجب العقر أما لم يظهر في الفصل الثاني لان النكاح ليس من
الاكتساب في شيء فلا تنتظمه الكتابة كالكفالة قال (واذا اشترى المكاتب جارية شراء فاسدا ثم وطئها
فردها أخذ بالعقر في المكاتبة وكذلك العبد المأذون له) لانه من باب التجارة فان التصرف تارة يقع صحيحا
ومرة يقع فاسدا والكتابة والاذن ينتظمانه بنوعيه كالتوكيل فكان ظاهرا في حق المولى

يبلغ مبلغ الكسب مثلا انتهى (أقول) ليس هذا بشيء لان المراد أن فائدة دخول الولد في كتابة الاب هو
الكسب له لا غير لانه لا يتبع الاب في الرق والحرية فلما كان كسبه للام خاصة لم تحقق فائدة قط في دخوله
في كتابة أبيه فكان القول بدخوله في كتابة أمه فقط هو الوجه ثم ان عتق الولد بعتق أمه انما يكون فائدة
للولد نفسه لا للدخول فيه والكلام في الثاني ولئن سلم تعميم الفائدة أو جعل فائدة الولد فائدة لامه أيضا
فتلك الفائدة أيضا انما تحقق بالنظر الى دخوله في كتابة أمه فقط فلا ينافي كون الاول هو الوجه بل يؤيده
وأما حديث أن لا يبلغ الولد مبلغ الكسب فلا فائدة له ههنا لان المراد بفائدة الدخول ما يصلح أن يكون فائدة
في الجملة والكسب كذلك فانه على تقدير حصوله يصير فائدة

لا يأخذ المكاتب الاولاد بالقيمة أي لا تكون الاولاد أحرارا بالقيمة (قوله لان حق المولى هنالك مجبور بقيمة
ناجزة) أي فيما اذا كان المغرور حرا يؤاخذ بقيمة الولد في الحال وعلى قول محمد رحمه الله ههنا بقيمة متأخرة الى
ما بعد العتاق أي فيما اذا كان المغرور مكاتبا أو عبدا أو مدبرا هذا اذا كان التزوج بغير اذن المولى أما اذا
كان التزوج من هؤلاء باذن السيد فعليهم قيمة الولد والمهر في الحال لان كل دين وجب على المملوك بسبب
ماذون فيه من جهة المولى يؤاخذ به في الحال وكل دين وجب بسبب غير ماذون فيه من جهة المولى فانما يؤاخذ
به بعد العتق (قوله وهذا العقر من توابعها) توابع التجارة داخلة تحت الكتابة وان كانت تبرعا حقيقة
كالضيافة اليسيرة والهبة اليسيرة وهذا العقر من توابع التجارة ويستند الى التجارة لانه لولا الشراء لوجب
الحد فصار ملحقا بدين التجارة وان كان مقابلا بغير مال ولم يظهر في الفصل الثاني لان وجوب العقر باعتبار
شبهة النكاح وهو ليس من التجارة والاكتساب فلا ينتظمه الكتابة فتأخر الى عتقه كدين الكفالة والله أعلم

أي ولد المكاتب (ليس
في معناه لان حق المولى
هنالك مجبور بقيمة ناجزة
وههنا بقيمة متأخرة الى
ما بعد العتق) فكان
المانع عن الالحاق به موجود
وهو الضرر اللاحق
بالمستحق في التأخير (فيبقى
على الاصل ولا يلحق به واذا
اشترى المكاتب أمة
ووطئها بغير اذن المولى)
أو باذنه لكنه قال بغير اذنه
ليتبين منه ما اذا كان باذنه
بطريق الاولى (ثم استحقها
رجل فعليه العقر يؤخذ
به في الكتابة) من غير
تأخير الى الاعتاق (وان
وطئها على وجه النكاح لم
يؤخذ به حتى يعتق) فيما
اذا كان بغير اذنه (و) حكم
(المأذون له كذلك) قنا
كان أو مدبرا والفرق
المذكور في الكتاب
تقريره الكتابة أوجبت
الشراء والشراء أوجب
سقوط الحد وسقوط الحد
أوجب العقر فالكتابة
أوجبت العقر ولا كذلك
النكاح وباقي كلامه
ظاهر لا يحتاج الى شرح

قال المصنف (وهذا ليس في معناه لان حق المولى هنالك مجبور بقيمة ناجزة وههنا بقيمة متأخرة الى ما بعد العتق فيبقى على
الاصل ولا يلحق به) أقول قيل وعلى تقدير ان تجب القيمة عند محمد حالا فنقول ولد المكاتب ليس في معنى الحر لانه انخلق من ماء الرقيق وولد الحر
انخلق من ماء الحر فافترقا من هذا الوجه فلا يلحق حمله بولد الحر المغرور بالقياس والدلالة فتأمل (قوله وهذا لان الاصل في الولدان يتبع الام
في الرق والحرية) أقول قد يكون الولد حرا من زوجين قنين بلا تحرير ولا وصية وصورته أن يكون للحر ولد وهو قن لاجنبي فزوج الاب أمته
من ولده برضا مولاه فولدت الامة ولدا فهو حر لانه ولد ولد المولى كذا في جامع الفصولين ولا ترد هذه نقضا على الكلية لانها مقيدة بانتفاء المانع
(قوله تقريره الكتابة أوجبت الشراء) أقول فيه بحث الا أن يقال المراد أوجبت صحة الشراء

* (فصل

(فصل) مسائل هذا الفصل نوع آخر من جنس مسائل الفصل الاول فصلها بفصل (قوله واذا ولدت المكاتبة من المولى) وذلك بان ادعاها (فهى بالخيار ان شاءت مضت على الكتابة وان شاءت عجزت نفسها وصارت أم ولده) سواء صدقته اذا ادعى أو كذبته لان للمولى حقيقة الملك فى رقبتها ولها حق الملك والحقيقة راجحة فيثبت من غير تصديق واعا تخير (لانه تلقتها جهتا حرية عاجلة ببدل وآجلة بغير بدل فتخير بينهما ونسب ولدها ثابت من المولى) سواء جاءت به لستة أشهر أو أكثر (وهو حر لان المولى يملك الاعتاق فى ولدها) لان الدعوى من المولى كالتحرير وأنه يملك تحرير ولدها من غيره قصدا فلأن يملك ذلك ضمنا للدعوة بطريق الاولى وقوله

(وماله من الملك) دليل قوله ونسب ولدها ثابت من المولى وينـدفع به ماعسى أن يتوهـم أن ملك المولى فى المكاتبة ناقص فـلا تصح د عوه ان ملكه فيها أقوى من مالك المكاتب فى مكاتبته بدليـل جواز اعتاق المولى، مكاتبتـه دون المكاتب والمكاتب اذا ادعى نسب الولد من مكاتبته يثبت نسبه فلأن يثبت من المولى أولى (فان اختارت الـكتابة ومضت عليها أخذت العقر من مولاها) أي مهر مثلها (لاختصاصـها بنفسـها و بمنافعها على ماقدمنا) يعنى قبل فصل الـكتابة الفاسدة بقوله لانها صارت أخص باجزائها توسلا الى المقصود بالكتابة (ثم ان مات المولى) يعنى بعد مضيها على الـكتابة (عتقت بالاستيلاد وسقط عنها بدل الـكتابة) عـلى ماذكره فان قيل وجب أن لا يسقط لان الاكساب ههنا تسـلم لها وهذا آية بقاء الكتابة أجيب بان الكتابة تشـبه المعاوضة و بالنظر الى ذلك لايسـقط البدل وتشبه الشرط و بالنظر اليه يسقط ألا يرى أنه لو قال لامرأته ان دخلت

الدار فانت طالق ثم طلقها ثلاثا يبطل التعليق فلما عتقت بالاستيلاد بطلت جهة الـكتابة به فعملنا بالشبهين وقلنا بسلامة الاكساب عملا بشبه المعاوضة وقلنا بسقوط بدل الـكتابة عملا بشبه الشرط (وان ماتت هى وتركت مالا تؤدى منه مكاتبتها وما بقى ميراث لابنها جريا عـلى موجب الـكتابة وان لم تترك مالا فلا سعاية على الولد لانه حر ولو ولدت ولدا آخر) وهى ماضية على الـكتابة (لم يلزم المولى) بالسكوت لان نسب ولد ام

(فصل) قال (واذا ولدت المكاتبة من المولى فهى بالخيار ان شاءت مضت عـلى الـكتابة وان شاءت عجزت نفسها وصارت أم ولده) لانها تلقتها جهتا حرية عاجلة ببدل وآجلة بغير بدل فتخير بينهما ونسب ولدها ثابت من المولى وهو حر لان المولى يملك الاعتاق فى ولدها وماله من الملك يكفى لصحة الاستيلاد بالدعوة واذا مضت على الـكتابة أخذت العقر من مولاها لاختصاصها بنفسها و بمنافعها على ماقدمنا ثم ان مات المولى عتقت بالاستيلاد وسقط عنها بدل الـكتابة وان ماتت هى وتركت مالا تؤدى منه مكاتبتها وما بقى ميراث لابنها جريا على موجب الـكتابة وان لم تترك مالا فلا سعاية على الولد لانه حر ولو ولدت ولدا آخر لم يلزم المولى الا أن يدعى لحرمة وطئها

(فصل) مسائل هذا الفصل نوع آخر من جنس مسائل الفصل الاول ففصلها بفصل ووصلها بالذكر كذا فى الشروح (قوله ثم ان مات المولى عتقت بالاستيلاد وسقط عنها بدل الـكتابة) قال تاج الشريعة فان قلت ينبغى أن لا يسقط لان الاكساب تسلم لها وكذا أولادها التى اشتراها بعد الـكتابة وهـذا آية بقاء الـكتابة قلت الـكتابة تشبه المعاوضة و بالنظر الى ذلك لا يسقط البدل وتشبه الشرط و بالنظر اليه يسقط ألا يرى أنه لو قال لامرأته ان دخلت الدار فانت طالق ثم طلقها ثلاثا يبطل التعليق فلما عتقت بالاستيلاد بطلت جهـة الـكتابة فعملنا بالشـبهين وقلنا بسلامة الاكساب عملا بجهة المعاوضـة وقلنا بسقوط بدل الـكتابة عملا بجهة الشرط انتهـى كلامه وقد اقتفى أثره صاحب العناية والشارح العينى فى هـذا السؤال والجواب (أقول) فى الجواب نظر أما أولا فلانه قد تقرر فيما مر مرارا أن العمل بالشـبهين انما يتصور فيما يمكن الجمع بين الجهتين وههنا ليس كذلك لان جهة كون الـكتابة معاوضة تستلزم عدم سقوط البدل وجهة كونها شرطا تستلزم سقوطه وهما أى السقوط وعدمه متنافيان قطعا لا يمكن اجتماعهما فى محل واحـد فى حالة واحدة وتنافى اللازمين يوجب تنافى الملزومين فلا يمكن اجتماعهما كذلك وأما ثانيا فلان العـمل بالشـبهين لو تصور ههنا فانما يتصور عند ثبوت الـكتابة لانها هى المشابه لكل من المعاوضة والشرط لا عند بطلانها لانه ينتفى حينئذ محل المشابهة بالكلية فما معنى قول هؤلاء الشراح فلما عتقت بالاستيلاد بطلت جهة الـكتابة فعملنا بالشبهين وقلنا بسلامة الاكساب عملا بشبه المعاوضة وقلنا بسقوط الـكتابة عملا بشبه الشرط *ثم أقول الحق فى الجواب عن ذلك السؤال ما أشار اليه المصنف فى المسـئلة الآتية بقوله غير أنه تسـلم لها الاكساب والاولاد لان الـكتابة

(فصل) (قوله يملك الاعتاق فى ولدها) لان الدعوة من المولى كالتحرير وانه يملك تحرير ولدها قصدا اذا لم يكن منه فلان يملك تحرير ولدها ضمنا للدعوة أولى (قوله وماله من الملك يكفى لصحة الاستيلاد بالدعوة) وهذا لانه لما كفى للمكاتب ملك أدنى منه فى مكاتبته بدليل عدم جواز اعتاقه لصحة الاستيلاد حتى يثبت منه النسب عند الدعوة فلان يكفى للمولى ماله من الملك وهو أقوى بدليل جواز اعتاقه لصحة الاستيلاد أولى (قوله لما قدمنا) اشارة الى قوله قبيل فصل المكاتبة الفاسدة واذا وطئ المولى مكاتبته لزمه العقر لانها صارت أخص باجزائها (قوله ولو ولدت ولدا آخر لم يلزم المولى الا أن يدعى لحرمة وطئها عليه) وهذا بخلاف أم الولد اذا ولدت ولدا حيث يلزم

*(فصـل واذا ولدت المكاتبة) (قوله سواء صدقته اذا ادعى أو كذبته لان للمولى الخ) أقول قوله لان تعليل لقوله أو كذبته (قوله فعملنا بالشبهين) أقول نظر الها

الولد انما يثبت بالسكوت اذا لم تكن محرم الوطء وهذه محرم وطؤها فلابد من الدعوة وباقى كلامه ظاهر والله أعلم قال (واذا كاتب المولى أم ولده جاز) واذا كاتب المولى أم ولده جاز لان الكتابة يتوسل بها الى ملك السيد فى الحال والحرية عند أداء البدل وحاجة أم الولد الى استفادة هذا المعنى قبل موت المولى كحاجة غيرها فكان جائزا لا يقال أحدهما يقتضى العتق ببدل والآخر بلا بدل والعتق الواحد لا يثبت بهما فكانا متنافيين لانه لا تنافى بينهما لكونهما جهتى عتق تلقتاها على سبيل البدل وعورض بان مالية أم الولد غير متقومة عند أبى حنيفة فكيف يقابلها بدل متقوم وأجيب بان ملك المولى فيها ثابت يدا ورقبة والكتابة لرفع الاول فى أول الحال ولرفع الثانى فى الثانى والملك يجوز أن يقابل ببدل متقوم وان لم يكن متقوما كملك القصاص اذا عفا بعض الاولياء فانه يقابل حصة الآخرين بالمال (فان مات المولى عتقت بالاستيلاد لتعلق عتقها بموت السيد وسقط عنها بدل الكتابة لان الغرض من ايجاب البدل العتق عند الاداء فاذا عتقت قبله لم يمكن توفير الغرض عليه فيسقط وبطلت الكتابة لامتناع ابقائها بلا فائدة) بالنسبة الى البدل وبقيت فى حق الاولاد والاكساب بعتق الاولاد وتخلص لها الاكساب ولقائل أن يقول الكتابة عقد وحد فكيف يتصور بطلانه وعدم بطلانه فى حالة واحدة والجواب أن تحقيق كلامه أن بطلان عقد الكتابة يتصور باعتبارين

عليه فلو لم يدع وماتت من غير وفاء سعى هذا الولد لانه مكاتب تبعا لها فلو مات المولى بعد ذلك عتق وبطل عنه السعاية لانه بمنزلة أم الولد اذ هو ولدها فيتبعها قال (واذا كاتب المولى أم ولده جاز) لحاجتها الى استفادة الحرية قبل موت المولى وذلك بالكتابة ولا تنافى بينهما لانه تلقتها جهتا حرية (فان مات المولى عتقت بالاستيلاد) لتعلق عتقها بموت السيد (وسقط عنها بدل الكتابة) لان الغرض من ايجاب البدل العتق عند الاداء فاذا عتقت قبله لم يمكن توفير الغرض عليه فسقط وبطلت الكتابة لامتناع ابقائها بغير فائدة غير أنه تسلم لها الاكساب والاولاد

انفسخت فى حق البدل وبقيت فى حق الاكساب والاولاد لان الفسخ لنظرها والنظر فيما ذكرناه انتهى تامل (قوله واذا كاتب المولى أم ولده جاز لحاجتها الى استفادة الحرية قبل موت المولى وذلك بالكتابة ولا تنافى بينهما لانه تلقتها جهتا حرية) قال صاحب العناية لا يقال أحدهما يقتضى العتق ببدل والآخر بلا بدل والعتق الواحد لا يثبت بهما فكانا متنافيين لانه لا تنافى بينهما لكونهما جهتى عتق تلقتاها على سبيل البدل انتهى ورد بعض الفضلاء قوله والعتق الواحد لا يثبت بهما فكانا متنافيين بان قال ان أراد الوحدة الشخصية فغير مسلم كيف وفى العتق بالكتابة تسلم لها الاكساب بخلاف العتق بأمومية الولد وان أراد النوعية فلا تنافى انتهى (أقول) وهو مردود بشقيه أما شقه الاول فلان صاحب العناية ان أراد بقوله والعتق الواحد لا يثبت بهما الوحدة الشخصية كما هو الظاهر فلا مجال لعدم تسليمه لانه ما قال العتق الواحد يثبت بهما حتى لا يسلم ذلك ويجعل اختلاف العتق بالكتابة والعتق بامومية الولد فى اللوازم سند المنع ذلك بل قال العتق الواحد لا يثبت بهما وعدم ثبوت العتق الواحد الشخصى بالسببين المختلفين فى اللوازم أمر جلى لا يقبل المنع وما ذكره ذلك البعض فى معرض السند بقوله كيف وفى العتق بالكتابة الخ لا يصلح أن يكون سند المنع ذلك بل انما يكون علة لسقوط المنع عنه وأما شقه الثانى فلانه ان أراد بقوله فلا تنافى فى قوله وان أراد النوعية فلا تنافى أنه لا تنافى بينهما من حيث الاجتماع فهو ممنوع كيف والعتق بالكتابة يستلزم سلامة الاكساب لها بخلاف العتق بامومية الولد فانى يجتمعان معا وان أراد بذلك أنه لا تنافى بينهما من حيث التلقى على سبيل البدل فهو عين ما قاله صاحب العناية فى تعليل لا يقال (قوله غير أنه تسلم لها الاكساب والاولاد لان

المولى لانها أم ولد يحل للمولى وطؤها وهذه أم ولد لا يحل للمولى وطؤها فاذلك لا يلزم المولى الا ان يدعى حتى اذا عجزت نفسها ثم ولدت ولدا فانه يلزم المولى بدون الدعوة لانها صارت أم ولد يحل وطؤها فحكم بثبوت النسب من المولى كسائر أولاد أم الولد (قوله جهتا حرية) أى عاجلة ببدل الكتابة وآجلة بغير بدل (قوله غير انها يسلم لها الاكساب والاولاد) جواب لشبهة وهى ان يقال لما انفسخت الكتابة بموت المولى كان ينبغى ان يسلم الاكساب والاولاد المشتراة فى الكتابة للمولى فاجاب ان الكتابة انفسخت فى حق البدل وبقيت فى حق

(قوله والعتق الواحد لا يثبت بهما فكانا متنافيين) أقول ان أراد الوحدة الشخصية فغير مسلم كيف وفى العتق بالكتابة تسلم لها الاكساب بخلاف العتق بأمومية الولد وان أراد النوعية فلا تنافى (قوله على سبيل البدل) أقول وتوارد علتين ممتنع الاجتماع على معلول واحد شخصى لا يمتنع قال المصنف (غير أنه تسلم لها الاكساب والاولاد) أقول قال الاتقانى لم نجد فيه الرواية المنصوصة ولقائل أن يقول النظر اليها فى ابقاء حقها اليها لان وحقها الحرية وقد حصل لا فى ابطال حق الغير لان الكسب حصل لها قبل موت المولى وكلامنا فيه ولم تعتق هى قبل موت المولى بل هى مملوكة حينئذ فينبغى أن يكون الكسب للمولى لا لها لانها عتقت بالاستيلاد لا بالكتابة ولنا فى قوله تسلم لها الاولاد أيضا نظر لانه لا حاجة الى ذكر الاولاد بالتعليل الذى ذكره لان الكتابة لو اعتبرت مفسوخة أيضا فى حق الاولاد يكون النظر لها باقيا لان حكم ولد أم الولد حكم الام لانه تابع للام حالة الولادة اهـ كلامه وأنت خبير بانه ليس فيه ابطال حق الغير لانها عتقت وهى مكاتبة وملكها يمنع من ثبوت ملك الغير فيه تامل (قوله فكيف يتصور بطلانه وعدم بطلانه فى حالة واحدة) أقول امتناعه غير بين ولا يبين فى العقود الشرعية فكم لها نظائر

أحدهما أن تبطل بعجز المكاتب عن ايفاء البدل والثانى أن تبطل بانتهائه بايفائه وبالاول يعود رقيقا وأولاد وأ كسابه لمولاه وبالثانى يعتق هو وأولاده ويخلص له ما بقى من أكسابه وحيث احتجنا ههنا الى بطلان الكتابة نظر للمكاتب وكان النظر له فى الثانى دون الاول صرنا اليه لا يقال فى كلام المصنف تسامح لانه علل بطلانه بامتناع بقائه من غير فائدة ثم علله بالنظر له والمعلول الواحد بالشخص لا يعلل بعلتين مختلفتين لان الكتابة جهتين جهة هى للمكاتب وجهة هى عليه وعلل الثانية بالاولى والاولى بالثانية فتأمله فلعله سديد (ولو أدت المكاتبة) بالنصب أى بدل الكتابة وفى بعض النسخ ولو أدت الكتابة وهو بتقدير مضاف (قبل موت المولى

عتقت بالكتابة لانها باقية وان كاتب مدبرته) وضع المسئلة مناسبة لما تقدم من أم الولد ووضعها فى المبسوط فى المدبر وانما جاز كتابتها لوجود المقتضى وهو الحاجة فان الثابت بالتدبير مجرد استحقاق الحرية لا حقيقتها وانتفاء المانع وهو عدم المنافاة كما تقدم

لان الكتابة انفسخت فى حق البدل وبقيت فى حق الاكساب والاولاد لان الفسخ لنظرها والنظر فيما ذكرنا ولو أدت المكاتبة قبل موت المولى عتقت بالكتابة لانها باقية قال (وان كاتب مدبرته جاز) لما ذكرنا من الحاجة ولا تنافى اذ الحرية غير ثابتة وانما الثابت مجرد الاستحقاق

الكتابة انفسخت فى حق البدل وبقيت فى حق الاكساب والاولاد لان الفسخ لنظرها والنظر فيما ذكرناه) قال صاحب غاية البيان ولقائل أن يقول النظر فى ايفاء حقها اليها وحقها الحرية وقد حصل لا فى ابطال حق الغير لان الكسب حصل لها قبل موت المولى وكان ماله ولم تعتق هى قبل موت المولى بل هى مملوكة حينئذ فينبغى أن يكون الكسب للمولى لا لها لانها اعتقت بالاستيلاد لا بالكتابة انتهى وقال بعض الفضلاء بعد نقل هذا الايراد عن الشارح المزبور وأنت خبير بأنه ليس فيه ابطال حق الغير لانها عتقت وهى مكاتبة وملكها يمنع من ثبوت ملك الغير فيه تأمل انتهى (أقول) ليس هذا بدفع صحيح لان ملك المكاتب والمكاتبة فى أكسابهما انما هو يدا لا رقبة ولهذا لا يملكان التبرع فيهما وانما رقبة أكسابهما ملك مولاهما كرقبة أنفسهما ما لم يؤديا بدل كتابتهما بالتمام كما يفهم هذا كله مما سبق ومما يأتى فقوله وملكها يمنع من ثبوت ملك الغير فيه ليس بجيد لان ملكها فى كسبها يدا لا يمنع ملك الغير الذى هو المولى فيه رقبة فلا يندفع الاستشكال بلزوم ابطال حق الغير بالنظر الى ملك الرقبة ثم قال صاحب العناية ولنا فى قوله تسلم لها الاولاد أيضا نظر لانه لا حاجة الى ذكر الاولاد بالتعليل الذى ذكره لان الكتابة لو اعتبرت مفسوخة أيضا فى حق الاولاد يكون النظر لها باقيا لان حكم ولد أم الولد حكم الام لانه تابع للام حالة الولادة انتهى كلامه (أقول) هذا النظر ساقط جدا لان المراد بالاولاد التى ذكرت بالتعليل المذكور هى الاولاد التى ولدت قبل كتابة أمها من غير مولى أمها وقد اشترتها أمها حالة الكتابة كما صرح به تاج الشريعة حيث فسر الاولاد فى قول المصنف تسلم لها الاكساب والاولاد بقوله أى الاولاد التى اشترتها المكاتبة فى حال الكتابة لا الاولاد التى ولدت من مولاها انتهى ولا شك فى الحاجة الى التعليل الذى ذكره المصنف فى بيان سلامة أمثال تلك الاولاد اذ لو اعتبرت الكتابة مفسوخة أيضا فى حق أمثالهم لكانوا أرقاء لورثة المولى فلم يكن النظر لها باقيا فى حقهم اذ ذاك قطعا وقال صاحب العناية فى هذا المقام ولقائل أن يقول الكتابة عقد واحد فكيف يتصور بطلانه وعدم بطلانه فى حالة واحدة والجواب أن تحقيق كلامه أن بطلان عقد الكتابة يتصور باعتبارين أحدهما أن يبطل بعجز المكاتب عن ايفاء البدل والثانى أن يبطل بانتهائه بايفائه وبالاول يعود رقيقا وأولاده وأكسابه لمولاه وبالثانى يعتق هو وأولاده ويخلص له ما بقى من أكسابه وحيث احتجنا الى ابطال الكتابة نظر للمكاتب وكان النظر له فى الثانى دون الاول صرنا اليه (أقول) لا السؤال شئ ولا الجواب أما الاول فلان كون الكتابة عقدا

الاكساب والاولاد لان الفسخ لنظرها والنظر فى انفساخها فى حق سقوط البدل لا فى حق الاولاد والاكساب

(قوله والثانى أن يبطل بانتهائه بايفائه) أقول فيه شئ فان بالايفاء يتقرر ولا يبطل والحق أن بطلان الثانى لحصول المعلول وهو العتق بعلة أخرى فالسعى فى ايفائها بعده يكون سعيا فى تحصيل الحاصل وهذا هو الذى أشار اليه المصنف على ما قرره الشارح (قوله وكان النظر له فى الثانى دون الاول صرنا اليه) أقول وفيه أنه ليس فى الثانى ايفاء الكتابة مع بطلانها وكان الكلام فيه وجوابه أن عتقها كانت بامومية الولد حقيقة لكن جعلت الكتابة باقية ثم منتهية بالحيلة بالايفاء نظرا لها فليس الايفاء والابطال فى زمان واحد حتى يتنافيا فتأمل (قوله والمعلول الواحد بالشخص لا يعلل بعلتين مختلفتين) أقول اذا كانتا قريبتين ولا نسلم ذلك فيما نحن فيه (قوله لان الكتابة جهتين جهة هى للمكاتب وجهة هى عليه) أقول أراد من قوله هى أولا العتق ومن قوله هى ثانيا البدل (قوله فان الثابت بالتدبير مجرد استحقاق الحرية) أقول وعلى هذا فقول المصنف اذ الحرية غير ثابتة تعليل لوجود المقتضى والظاهر أنه تعليل لانتفاء المانع فانه لو ثبت لها حقيقة الحرية بالتدبير امتنعت الكتابة أو بكلاهما (قوله وانتفاء المانع) أقول معطوف على قوله لوجود المقتضى

(وان مات المولى ولا مال له غيرها فهى بالخيار بين أن تسعى فى ثلثى قيمتها أو جميع مال الكتابة) وهذا عند أبى حنيفة وقال أبو يوسف تسعى فى الاقل منهما وقال محمد تسعى فى الاقل من ثلثى قيمتها وثلثى بدل الكتابة فالخلاف فى الخيار والمقدار فابو يوسف مع أبى حنيفة فى المقدار ومع محمد فى نفى الخيار أما الخيار ففرع تجزؤ الاعتاق عنده لما تجزأ بقى الثلثان رقيقا وقد تلقاها جهتا حرية ببدلين معجل بالتدبير ومؤجل بالكتابة فتخير وعندهما لما عتق كلها بعتق بعضها فهى حرة وجب عليها أحد المالين فتختار الاقل لا محالة فلا معنى للتخيير وأما المقدار فلمحمد رحمه الله أنه قابل البدل بالكل وقد سلم لها الثلث بالتدبير فمن المحال أن يجب البدل

واحدا لا ينافى تصور بطلانه وعدم بطلانه فى حالة واحدة اذا كانا من جهتين مختلفتين فانهم شرطوا فى تحقق التناقض أمورا منها وحدة الجهة وههنا لم تتحقق تلك الوحدة لان بطلان عقد الكتابة من جهة البدل وعدم بطلانه من جهة الاولاد والاكساب كما يفصح عنه قول المصنف لان الكتابة انفسخت فى حق البدل وبقيت فى حق الاكساب والاولاد فلا محذور أصلا وأما الثانى فلوجوه أحدها أن انتهاء الكتابة بايفاء البدل انما هو تمامها وتقررها فجعل أحد طريقى بطلانها مما لا يساعده العقل والنقل وثانيها أن المكاتبة فى مسئلتنا هذه ممن لم يقع منها ايفاء البدل فكيف يحمل بطلان الكتابة فى حقها على ايفائه واعتبار غير الواقع واقعا لمجرد النظر لها مما لا نظير له فى قواعد الشرع وثالثها أن قول المصنف لان الكتابة انفسخت فى حق البدل وبقيت فى حق الاكساب والاولاد ينافى المعنى الذى عده الشارح المزبور تحقيق كلامه لانه على تقدير أن يحمل المقام على انتهاء الكتابة بايفاء تمام البدل يصير انما تمام الكتابة فى حق البدل وفى حق الاكساب والاولاد على السواء كما هو الحال عند ايفاء البدل حقيقة فلا يكون لاعتبار انفساخ الكتابة فى حق البدل وبقائها فى حق الاكساب والاولاد وجه ورابعها ان حمل بطلان عقد الكتابة ههنا على المعنى الثانى الذى تخيله هذا الشارح لا يدفع أصل السؤال لان بطلان العقد على أى معنى كان وعدمه فى حالة واحدة متنافيان قطعا اذا كانا من جهة واحدة وان صير الى اختلاف الجهتين لا يبقى احتياج الى مقدمة من مقدمات الجواب المذكور أصلا ثم قال صاحب العناية لا يقال فى كلام المصنف تسامح لانه علل بطلانه بامتناع بقائه من غير فائدة ثم علله بالنظر له والمعلول الواحد بالشخص لا يعلل بعلتين مختلفتين لان للكتابة جهتين جهة هى للمكاتب وجهة هى عليه وعلل الثانية بالاولى والاولى بالثانية فتأمله فلعله سديد الى هنا كلامه (أقول) هذا السؤال أيضا ليس بشئ وجوابه ليس بسديد أما الاول فلان المعلول الواحد بالشخص انما لا يعلل بعلتين مستقلتين على سبيل الاجتماع وأما على سبيل البدل فيعلل بهما قطعا على ما تبين فى موضعه والامر فيما نحن فيه وفى سائر المسائل التى يذكر لها دليلان أو أدلة كذلك فان المقصود فى أمثال ذلك التنبيه على أن كل واحد من الدليلين أو الادلة مما يصح أن يعلل به المطلوب بدلا عن الآخر وأما الثانى فلان كون المعلل بالعلة الاولى الجهة التى هى على المكاتب ممنوع لان تلك الجهة أن يلزمها ايفاء البدل وقوله لامتناع ابقائها من غير فائدة لا يدل على ذلك بل يدل على خلافه لان عدم الفائدة بسقوط بدل الكتابة عنها واذا أسقط عنها البدل لا يلزمها ايفاؤه قطعا فلم يكن ماذكره من توزيع التعليلين على ما لها وما عليها سديدا كما لا يخفى (قوله والاعتاق عنده لما تجزأ بقى الثلثان رقيقا وقد تلقاها جهتا حرية ببدلين معجل بالتدبير ومؤجل بالكتابة فتخير) لان فى التخيير فائدة وان كان جنس المال

(قوله فان مات المولى ولا مال له غيرها) انما قيد به لانه لو كان له مال غيرها وهى تخرج من ثلث ماله عتقت بالتدبير وسقطت عنها الكتابة لوقوع الاستغناء بها عن أداء المال فكان هذا بمنزلة ما لو أعتق المولى مكاتبه (قوله وقد تلقاها جهتا حرية ببدلين معجل بالتدبير ومؤجل بالكتابة فتخير) لان فى التخيير فائدة لجواز أن يكون أداء أكثر المالين أيسر باعتبار الاجل وأقل المالين أعسر لكونه حالا فكان فى التخيير فائدة وان كان جنس المال متحدا (قوله قابل البدل بالكل) أى بكل المدبرة لانه أضاف العقد الى كلها فقال كاتبتك على هذا وهى محل قابل لهذا العقد كالقن فيصير كلها مكاتبا واذا كان كذلك وقد سلم لها ثلث نفسها مجانا فيجب

قال (وان مات المولى ولا مال له سواها تخيرت بين السعى فى ثلثى قيمتها مدبرة لا قنة وفى جميع بدل الكتابة عند أبى حنيفة) وقد أوضح كلامه فتعرض لبعضه زيادة ايضاح (قوله فتخير) لان فى التخيير فائدة وان اتحد الجنس لجواز أن يكون أداء أكثر المالين أيسر باعتبار الاجل وأداء أقلهما أعسر لكونه حالا فكان التخيير مفيدا (قوله وجب عليها أحد البدلين فتختار الاقل) قد اعترض عليه لان الاعتاق لما لم يتجزأ عندهما عتق كلها بالتدبير لعتق بعضها به وانفسخت الكتابة فوجبت السعاية فى ثلثى قيمتها لا غير وأجيب بانا قد حكمنا ببقاء الكتابة نظرا لها فتبقيتها لذلك فلو عما يكون بدلها أقل فيحصل النظر بوجوبه وقوله (انه قابل البدل بالكل) لانه أضاف العقد الى ذاتها فقال كاتبتك على كذا والمحل قابل لها كالقنة فتصير كلها مكاتبة

بمقابلته ألا ترى أنه لو سلم لها الكل بان خرجت من الثلث يسقط كل بدل الكتابة فهنا يسقط الثلث وصار كما
اذا تأخر التدبير عن الكتابة ولهما أن جميع البدل مقابل بثلثي رقبتها فلا يسقط منه شيء وهذا لان البدل وان
قوبل بالكل صورة وصيغة لكنه مقيد بما ذكرنا معنى وارادة لانها استحقت حرية الثلث ظاهرا والظاهر
ان الانسان لا يلتزم المال بمقابلة ما يستحق حريته وصار كما اذا طلق امرأته ثنتين ثم طلقها ثلاثا على ألف كان

متعدا لجواز أن يكون أداء أكثر المالين أيسر باعتبار الاجل وأداء أقلهما أعسر لكونه حالا فكان التخيير
مفيدا كذا في عامة الشروح وعزاه في معراج الدراية الى مبسوط شيخ الاسلام (أقول) فيه شيء وهو أن
الفائدة المذكورة انما تتصور في صورة ان كان البدل المعجل بالتدبير أقل من البدل المؤجل بالكتابة وأما
في العكس فلا اذ لا شك ان أداء الاقل المؤجل أيسر من كل وجه من أداء الاكثر المعجل فلا فائدة في التخيير
في هذه الصورة أصلا لتعين اختيارها الاقل لا محالة كما قال صاحباه مع ان الحكم بالخيار يعم بالصورتين عنده
كما هو الظاهر من اطلاق المسئلة في الكتب باسرها (قوله وعندهما تعتق كلها بعتق بعضها فهي حرة
وجب عليها أحد المالين فتختار الاقل لا محالة فلا معنى للتخيير) واعترض عليه بان الاعتاق لما لم يتجزأ عندهما
عتق كلها بالتدبير لعتق بعضها به وانفسخت الكتابة فوجب السعاية في ثلثي قيمتها لا غير وأجيب بانا قد
حكمنا ببقاء الكتابة نظرا لها فتبقيتها الذاك فلو بما يكون بدلها أقل فيحصل النظر بوجوبه كذا في العناية
أخذا من شرح تاج الشريعة (أقول) في الجواب اشكال لان القول ببقاء الكتابة فيها بعد ان عتق كلها
بالتدبير ينافي قول المصنف وعندهما تعتق كلها بعتق بعضها فهي حرة اذ الظاهر أن الحرية والكتابة
لا يجتمعان في شخص واحد في حالة واحدة فأنى يتصور ابقاء الكتابة فيها بعد ان صارت حرة عندهما فان قلت
المراد ابقاء حكم الكتابة لا ابقاء حقيقتها والمنافي للحرية هو الثاني دون الاول قلت لو أبقي حكم الكتابة لا بقي
تأجيلها لانه من خصائصها ولهذا قال في الكافي في تحرير دليل الامامين هنا وعندهما تعتق كله بعتق ثلثه
لان الاعتاق لا يتجزأ عندهما بطلت الكتابة وبطل الاجل لانه من خصائص الكتابة وبقي أصل المال عليه
غير مؤجل الخ ولو أبقي تأجيلها لزم ان لا يتم قولهما فتختار الاقل لا محالة فلا معنى للتخيير لجواز أن تختار الاكثر
المؤجل لكون أدائه أيسر من أداء الاقل المعجل كما مر في بيان دليل أبي حنيفة فيكون هذا هو المعنى للتخيير فلا
تنقطع مادة الاشكال (قوله والظاهر أن الانسان لا يلتزم المال بمقابلة ما يستحق حريته) أقول للمانع أن يمنع
هذه المقدمة فانه لا يلزم من مجرد استحقاق الحرية حقيقة الحرية والثابت في المدبرة في الحال مجرد استحقاق
الحرية دون حقيقتها فجاز أن يحتاج الى استفادة حقيقتها عاجلا فتلتزم المال بمقابلتها ألا ترى أنه يجوز للمولى

ان يسقط بقدره من الثلث وصار كما اذا استأخر التدبير بان كاتب عبده أولا ثم دبره ثم مات ولا مال له سواه فانه
يسقط عنه ثلث بدل الكتابة بالاتفاق (قوله ولهما ان جميع البدل مقابل بثلثي رقبتها) ولا يقال الظاهر انه
انما تلتزم بمقابلة الكل لانه انما التزم ليعتق قبل موت المولى لانا نقول استحقاق المدبر العتق غير مقرر قبل
موت المولى لانه ان مات قبل موت المولى يبطل الاستحقاق وان مات المولى قبله يتقرر وبدل الكتابة في
الحال كالموقوف بين ان يكون بمقابلة الكل أو الثلثين فان أدى قبل موته يكون بمقابلة الكل فيعتق كله
باداء البدل وان مات المولى أولا يتقرر استحقاقه فتبين بموت المولى أولا ان التزام البدل كان بمقابلة ما لم يتقرر
استحقاقه توضيحه انه انما يلتزم البدل ليحصل العتق له عاجلا ما لو علم حصوله بالتدبير قبل الاداء لا يلتزم البدل
فان أدى قبل موت المولى يجعل بمقابلة الكل واذا مات المولى قبل الاداء يجعل بمقابلة الثلثين (قوله استحقت
حرية الثلث ظاهرا) انما قيد بقوله ظاهرا لانه اذا مات المولى وعليه دين ولا مال له غيره فانه لا يسلم له الثلث الا
بالسعاية (قوله فصار كما اذا طلق امرأته اثنتين) الى قوله كان جميع الالف بمقابلة الواحدة: فان قيل انما
قابلنا البدل ثمة بازاء ما بقي لوقوع التطليقتين اما ههنا فالمدبرة حق العتق والملك كامل فيها ولهذا احل وطؤها
فيجوز ان يثبت بازائه من البدل قلنا قد سقطت مالية هذا الثلث هنا ولهذا لو أتلفها انسان لا يضمن
الا بقيمة الثلثين فيكون البدل بازاء الباقي

وقد سلم لها الثلث بالتدبير) فيسقط ما قابله من البدل والا لكان ما فرضناه سالما غير سالم هذا خلف باطل وقوله (وصار كما اذا تأخر التدبير عن الكتابة) وصورته أن يكاتب عبده أولا ثم يدبره ثم يموت ولا مال له سواه فانه يسقط عنه ثلث البدل بالاتفاق وهي المسئلة التي تلي هذه المسئلة وقوله (لانها استحقت حرية الثلث ظاهرا) أي مكشوفا بينا لا يخفى على أحد لان اخراجها عن الملك بغير الاعتاق غير صحيح فان أعتقها خرج عما نحن فيه وان ماتت قبله فكذلك وان مات المولى عن مال تخرج من ثلثه فقد استحقت حرية كلها وان لم يترك غيرها فقد استحقت حرية ثلثها الثلث فاستحقاق ثابت قطعا (وا ظاهر) البين (أن الانسان لا يلتزم المال بمقابلة ما يستحق حريته) فتعين أن يكون

(قوله وقد سلم لها الثلث بالتدبير) أقول فيه تأمل (قوله لان اخراجها عن الملك) أقول أي لا الى مالك قال المصنف (والظاهر ان الانسان لا يلتزم المال الخ) أقول لا يتمشى على أصل أبي يوسف فانه استحق حرية الكل عنده لعدم تجزؤ الاعتاق

جميع البدل بمقابلة ثلثي رقبتها فلا يسقط منه شئ ولقائل أن يقول لو كان كذلك لما عتق الجميع اذا أدت كل البدل قبل موت المولى لانه في مقابلة الثلثين لا الكل والجواب أنه لا يلزم على قول أبي يوسف لانه لا يقول بتجزؤ الاعتاق وأما على قول أبي حنيفة فالجواب ما مر انا حكمنا بصحة الكتابة نظرا للمدبر وليس من النظر أن يبقى بعضه غير حر ويغرم كل البدل فاعتبرنا المقابلة الصورية قبل موت المولى نظرا له (قوله اذ لا استحقاق عنده) أي عند عقد الكتابة فيكون البدل في مقابلة الكل فاذا عتق بعض الرقبة بعد ذلك بالتدبير سقط حصته من بدل الكتابة (وان دبر مكاتبته صح التدبير لما بينا) (ولها الخيار ان شاءت مضت على الكتابة وان شاءت عجزت

جميع الالف بمقابلة الواحدة الباقية لدلالة الارادة كذا ههنا بخلاف ما اذا تقدمت الكتابة وهي المسئلة التي تليه لان البدل مقابل بالكل اذ لا استحقاق عنده في شئ فافترقا قال (وان دبر مكاتبته صح التدبير) لما بينا (ولها الخيار ان شاءت مضت على الكتابة وان شاءت عجزت نفسها وصارت مدبرة) لان الكتابة ليست بلازمة في جانب المملوك فان مضت على كتابتها فمات المولى ولا مال له غيرها فهي بالخيار ان شاءت سعت في ثلثي مال الكتابة أو ثلثي قيمتها عند أبي حنيفة وقالا تسعى في الاقل منهما فالخلاف في هذا الفصل في الخيار بناء على ما ذكرنا أما المقدار فمتفق عليه ووجهه ما بينا قال (واذا أعتق المولى مكاتبه عتق باعتاقه) لقيام ملكه فيه (وسقط بدل الكتابة) لانه ما التزمه الا مقابلا بالعتق وقد حصل له دونه فلا يلزمه والكتابة وان كانت لازمة في جانب المولى ولكنه يفسخ برضا العبد والظاهر رضاه توسلا الى عتقه بغير بدل مع سلامة الاكساب له لانا نبقي الكتابة في حقه قال (وان كاتبه على ألف درهم الى سنة فصالحه على خمسمائة معجلة فهو جائز) استحسانا

أن يكاتب أم ولده بالاجماع مع استحقاقها حرية الكل قطعا لعتقها عند موت مولاها من جميع المال دون ثلثه فاذا جاز التزام المال من أم الولد بمقابلة ما تستحق حريته كلا للاحتياج الى استفادة الحرية قبل موت المولى كما مر فلان جاز ذلك من المدبرة بمقابلة ما تستحق حريته بعضا للتلك العلة بعينها أولى كما لا يخفى فليتأمل واستشكل بعض الفضلاء هذا التعليل بوجه آخر حيث قال لا يتمشى على أصل أبي يوسف فانه استحق حرية الكل عنده لعدم تجزؤ الاعتاق اهـ (أقول) ذاك ساقط لانا لا نسلم ان المدبر والمدبرة يستحقان بالتدبير حرية الكل عنده بل الظاهر انهما يستحقان به حرية الثلث عندهم جميعا ولهذا يعتقان عند موت المولى من ثلث ماله ويسعيان في ثلثهما اذا لم يكن له مال غيرهما بالاجماع وثبوت عتق الكل بعتق البعض عند موت المولى على أصل الامامين وهو عدم تجزؤ الاعتاق لا ينافي استحقاق حرية الثلث بنفس التدبير عندهما أيضا ولئن سلم استحقاق المدبر والمدبرة بنفس التدبير حرية الكل عندهما فالمراد بقوله لانها استحقت حرية الثلث ظاهرا هو انها استحقتها مجانا من غير أن يلزمها سعاية في ذلك الثلث كما تلزمها في الثلثين الآخرين وبقوله والظاهر ان الانسان لا يلتزم المال بمقابلة ما يستحق حريته هو ان الانسان لا يلتزم المال بمقابلة ما يستحق حريته مجانا بخلاف ما لا يستحق حريته أو يستحقها ولكن يلزمه أداء مال السعاية فانه يجوز له أن يلتزم المال بمقابلته ولا يخفى ان هذا المعنى يتمشى على أصل أبي حنيفة وأصل أبي يوسف أيضا تفكر تفهم

(قوله لدلالة الارادة) أي ارادة المطلق لان الظاهر انها تدفع الالف في مقابلة الطلقة الواحدة الباقية لانه لم يبق الا الطلقة الواحدة الباقية كذلك ههنا (قوله عنده) أي عند عقد الكتابة (قوله لما بينا) أنه لا تنافي لانها تلقتها جهتا حرية (قوله بناء على ما ذكرنا) أراد به قوله أما الخيار فرع تجزي الاعتاق (قوله ووجهه ما بينا) أراد به قوله لان البدل مقابل بالكل (قوله لانا نبقي الكتابة في حقه) أي في حق الكسب لان الحكم بانفساخ الكتابة في حق سقوط البدل للنظر والنظر في ابقائها في حق سلامة الاكساب

نفسها وصارت مدبرة لان الكتابة ليست بلازمة في جانب المملوك) لان النفقة والجناية على المكاتب في حال الكتابة واذا عجز نفسه كان كل ذلك على المولى فله أن يدفع عن نفسه ذلك (فان مضت على كتابتها فمات المولى ولا مال له غيرها تخيرت بين السعي في ثلثي مال الكتابة وثلثي قيمتها عند أبي حنيفة وعندهما في الاقل منهما فاختلفوا ههنا في الخيار بناء على ما ذكرنا) من تجزؤ الاعتاق (وأما المقدار فمتفق عليه) ومحمد مر على أصله لا يحتاج الى فرق والفرق لهما بين هذه وما تقدمت ما بينا أن البدل ههنا مقابل بالكل الخ قال (واذا أعتق المولى مكاتبه الخ) واذا أعتق المولى مكاتبه عتق باعتاقه لقيام ملكه وسقط بدل الكتابة بناء على أن ما كان وسيلة الى تحصيل شئ وحصل ذلك الشئ من جهة أخرى سقط الوسيلة لعدم الحاجة اليها فان قيل الكتابة لازمة في جانب المولى فلا تقبل الفسخ أجاب بقوله (والكتابة وان كانت لازمة في جانب المولى ولكنه يفسخ برضا العبد) والازوم كان لتعلق حقه فاذا رضي بالفسخ فقد أسقط حقه كما لو باعه المولى أو آجره برضاه (والظاهر رضاه توسلا الى عتقه بغير بدل) فانه اذا رضي به ببدل فبلا بدل يكون أرضى وقوله (مع سلامة الاكساب له لانا نبقي الكتابة في حقه) اشارة الى جواب ما عسى أن يقال قد يكون راضيا ببدل نظرا الى سلامة الاكساب له فقد تكون الاكساب كثيرة تفضل بعد أداء البدل منها له جملة ووجهه ان الاكساب سالمة له لانا نبقي الكتابة في حقه لتبقى الاكساب على ملكه نظرا له وحينئذ صار الظاهر كالمتحقق الواقع فيعتق باعتاقه (وان كاتبه على ألف درهم الى سنة فصالحه على خمسمائة معجلة فهو جائز

وفي

استحسانا والقياس أن لا يجوز لان هذا الصلح اعتياض عما ليس بمال) بما هو مال (لان الاجل ليس بمال والدين مال) وذلك في عقد المعاوضة لا يجوز وعقد الكتابة عقد معاوضة واذا لم يجز ذلك كان خمسمائة بدلا عن ألف (وذلك ربا) لا يقال هلا جعلت اسقاطا لبعض الحق ليجوز لان الاسقاط انما يتحقق في المستحق والمعجل لم يكن مستحقا ولهذا لا يجوز مثله بين الحرين وقد مر في كتاب الصلح وكذا لا يجوز اذا كان على مكاتب الغير ألف الى سنة فصالحه على خمسمائة معجلة (وجه الاستحسان ان الاجل في حق المكاتب مال من وجه لانه لا يقدر على أداء البدل الا به فاعطى له حكم المال وبدل الكتابة مال من وجه حتى لا تصح الكفالة به فاعتدلا) وكانا اعتياضا عما هو مال من وجه بما هو مال من وجه وقد اختلف الجنس (فلم يكن) ثمة (ربا) وفيه بحث لان المال ما يتمول به وهو يعتمد الاحراز وذلك في الاجل غير متصور ولان قوله فاعطى له حكم المال ليس بمستقيم لفظا ومعنى أما لفظا فلان أعطى متعد الى مفعوليه بلا واسطة

وفي القياس لا يجوز لانه اعتياض عن الاجل وهو ليس بمال والدين مال فكان ربا ولهذا لا يجوز مثله في الحر ومكاتب الغير وجه الاستحسان ان الاجل في حق المكاتب مال من وجه لانه لا يقدر على الاداء الا به فاعطى له حكم المال وبدل الكتابة مال من وجه حتى لا تصح الكفالة به فاعتدلا فلا يكون ربا

(قوله وفي القياس لا يجوز لانه اعتياض عن الاجل وهو ليس بمال والدين مال فكان ربا) قال صاحب العناية في شرح هذا المحل والقياس أن لا يجوز لان هذا الصلح اعتياض عما ليس بمال بما هو مال لان الاجل ليس بمال والدين مال وذلك في عقد المعاوضة لا يجوز وعقد الكتابة عقد معاوضة واذا لم يجز ذلك كان خمسمائة بدلا عن ألف وذلك ربا اهـ كلامه وقال بعض الفضلاء أشار بقوله ذلك في قوله وذلك في عقد المعاوضة لا يجوز الى قوله اعتياض عما ليس بمال بما هو مال ولكنه منقوض بالمهر والمال المقابل بالطلاق الا أن يقال ذلك على خلاف القياس بالنص اهـ (أقول) ليس ذلك منقوضا بالمهر والمال المقابل بالطلاق لان المراد بعقد المعاوضة في قوله وذلك في عقد المعاوضة لا يجوز ما ذكر العوض فيه بالايجاب والقبول بطريق الاصالة فيخرج منه النكاح والطلاق على مال ونحوهما الا ان ذكر العوض بطريق الاصالة وقد صرح الشراح بمثل هذا المعنى في صدر كتاب المكاتب حيث قالوا أورد عقد الكتابة بعد عقد الاجارة لمناسبة ان كل واحد منهما عقد يستفاد به المال بمقابلة ما ليس بمال على وجه يحتاج فيه الى ذكر العوض بالايجاب والقبول بطريق الاصالة وقالوا خرج بقولنا ما ليس بمال البيع والهبة بشرط العوض وخرج بقولنا بطريق الاصالة النكاح والطلاق والعتاق على مال فان ذكر العوض فيها ليس بطريق الاصالة اهـ ثم قال صاحب العناية لا يقال هلا جعلت اسقاطا لبعض الحق ليجوز لان الاسقاط انما يتحقق في المستحق والمعجل لم يكن مستحقا اهـ وقال ذلك البعض من الفضلاء لو صح هذا لم تجز هبة المهر المؤجل واسقاط الديون المؤجلة اهـ (أقول) ليس هذا بسديد لان المستحق في كل منهما او المؤجل والمسقط أيضا هو المؤجل وليس هناك شرط شئ معجل في المقابلة فلم يوجد التصرف في غير المستحق أصلا بخلاف ما نحن فيه فان الخمسمائة المعجلة التي وقع عليها الصلح ليست بمستحقة بعقد الكتابة فلم يمكن جعل الصلح اسقاطا لبعض الحق واستيفاء لبعضه الآخر فان الاسقاط والاستيفاء انما يتحققان في المستحق والمعجل لم يكن مستحقا فلا يمكن الاستيفاء نعم لو قال صاحب العناية لا يقال هلا جعلت الصلح اسقاطا لبعض الحق واستيفاء لبعضه الآخر لان الاسقاط والاستيفاء انما يتحققان في المستحق والمعجل لم يكن مستحقا لكان أظهر لان تأثير قوله والمعجل لم يكن مستحقا في حق انتفاء الاستيفاء فيما نحن فيه دون انتفاء الاسقاط فيه كما لا يخفى وعن هذا قال تاج الشريعة في شرح قول المصنف لانه اعتياض عن الاجل لان المعجل غير مستحق بالسبب السابق فلا يمكن جعل الصلح اسقاطا للبعض واستيفاء للبعض فلو جعل انما يجعل اعتياضا عن الخمسمائة بخمسمائة وعن الاجل بخمسمائة أخرى والاعتياض عن الاجل لا يجوز اهـ (قوله وجه الاستحسان ان الاجل في حق المكاتب مال من وجه لانه لا يقدر على الاداء الا به) قال بعض العلماء فيه

(قوله فكان ربا) لانه لما أدى خمسمائة كانت هذه الخمسمائة بمقابلة خمسمائة من الالف التي في ذمته فالخمسمائة الاخرى تسلم للمكاتب بالاجل وأنه ليس بمال والدين مال فيكون هذا مقابلة المال بغير المال فيكون ربا لان الربا هو الفضل الخالي عن العوض (قوله ولهذا لا يجوز مثله في الحر) بان كان للحر على مثله دين مؤجل فصالحه على نصف حقه معجلا لا يجوز وكذا لو كان على مكاتب الغير دين مؤجل فصالحه على هذا الوجه لا يجوز وبدل الكتابة مال من وجه أي ليس بمال من كل وجه حتى لا تصح الكفالة ولا يصلح

(قوله لان هذا الصلح اعتياض عما ليس بمال بما هو مال) أقول أراد بقوله بما هو مال الخمسمائة المتروكة (قوله وذلك في عقد المعاوضة لا يجوز) أقول أشار بقوله ذلك في قوله وذلك في عقد المعاوضة لا يجوز الى قوله اعتياض عما ليس بمال بما هو مال ولكنه منقوض بالمهر والمال المقابل بالطلاق الا أن يقال ذلك على خلاف القياس بالنص لكن حينئذ لا يحتاج الى قوله واذا لم يجز ذلك فانه اذا لم يجز أخذ المال عوض الاجل تكون الخمسمائة المتروكة بمقابلة الاجل (قوله لان الاسقاط انما يتحقق في المستحق والمعجل لم يكن مستحقا) أقول لو صح هذا لم تجز هبة المهر المؤجل واسقاط الديون المؤجلة وكلام العاقل يجب صونه عن الالغاء فالمكاتب يعتبر مسقطا حقه الذي هو التأجيل والمولى مسقطا بعض حقه وهو خمسمائة (وقد اختلف الجنس فلم يكن ثمة ربا) أقول لو اتحد الجنس لم يضر بعد حصول

وقد استعمله باللام وأما معنى قـولـه قال الاجل فى حق المكاتب مال من وجه فان أراد بقوله فاعطى له حكم المال من كل وجه فات الاعتدال اذ الدين مال من وجه وان أراد حكم المال من وجه فهو تحصيل للحاصل والجواب أن ماذكرتم من أن المال مايتمول به ويحرز صحيح اذا كان مالا من كل وجه وليس مانحن فيه كذلك وانما المراد به ههنا انه وسيلة الى تحصيل مقصود المكاتب وهو فى ذلك كعين الدراهم لتوقف قدرة الاداء عليه توقفها على عين الدراهم وضمن أعطى معنى اعتبر ومعناه اعتبر الاجل حكم المال فان الشئ يجوز أن يكون جهة فى شئ ولا يكون معتبرا فبين أنه اعتبر له تلك الجهة تصحيحا للعقد ونظرا للمكاتب (قوله ولان عقد الكتابة) وجه آخر للاستحسان وتقريره أن عقد الكتابة عقد من وجه دون وجه لما تقدم ان له شبها بالتعليق بالشرط فيكون من هذا الوجه عينا والاجل ربا من كل وجه ففيه شبهة الربا وشبهة الربا اذا وقعت فى شبهة العقد كانت شبهة الشبهة ولا معتبر بها بخلاف العقد بين الحرين لانه عقد من كل وجه فكان ربا والاجل فيه شبهة لا شبهة الشبهة قال (واذا كاتب المريض عبده على ألفين الى سنة وقيمته ألف درهم ثم مات المولى ولا مال له غيره ولم تجز الورثة الاجل) لان المريض تصرف فيه وهو حقهم فلهم أن يردوه دفعا للضرر تأخير حقهم الى مضى الاجل عن أنفسهم (فان المكاتب يؤدى ثلثى الالفين حالا) وهو ألف وثلثمائة وثلاثة وثلاثون درهما وثلث درهم (والباقى) وهو ستمائة وستة وستون درهما وثلثا درهم (الى أجله أو يرد رقيقا عند أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد يؤدى ثلثى الالف حالا والباقى الى أجله لان له أن يترك الزائد على قيمته) ومن له ترك شئ له ترك وصفه والتعجيل وصف فيجوز تركه (وصار) ذلك (كما اذا خالع المريض امرأته على ألف الى سنة جاز لان له أن يطلقها بغير بدل) ولو قال لان له أن يترك الزيادة وثلث الالف فله أن يؤخرهما كان أحسن فتأمل (ولهما ان جميع المسمى بدل الرقبة) بدليل جريان أحكام الابدال من جواز المرابحة على الالفين فاعتبر و جواز الحبس على المماطلة والاخذ بالشفعة فانها تتعلق بجميع المسمى وهو الالفان و بدل الرقبة يتعلق به حق الورثة لتعلقه بالمبدل فان المبدل لما كان متقوما كان حكم بدله حكمه فجميع المسمى يتعلق به حق الورثة وما تعلق به حق الورثة جاز للمريض اسقاط ثلثه فيجوز تاجيله لانه اسقاط معنى بخلاف بدل الخلع فان حق الورثة لم يتعلق به لانه لم يتعلق بالمبدل لكونه ليس بمال وعلى هذا الاصل اختلافهم اذا باع المريض داره بثلاثة آلاف الى سنة وقيمتها ألف ثم مات ولم تجز الورثة التاجيل فعندهما يخير المشترى بين أداء ثلثى جميع الثمن حالا والثلث الى أجله و بين نقض البيع وعنده يعتبر الثلث بقدر القيمة لا فى الزيادة لما بينا من المعنى يعنى الدليل من الطرفين (وان كاتبه على ألف الى سنة وقيمته ألفان ولم تجز الورثة أدى ثلثى القيمة حالا أو يرد رقيقا فى قولهم جميعا لان المحاباة فى القدر) وهو اسقاط ألف درهم (والتأخير)

ولان عقد الكتابة عقد من وجه دون وجه والاجل ربا من وجه فيكون شبهة الشبهة بخلاف العقد بين الحرين لانه عقد من كل وجه فكان ربا والاجل فيه شبهة قال (واذا كاتب المريض عبده على ألفى درهم الى سنة وقيمته ألف ثم مات ولا مال له غيره ولم تجز الورثة فانه يؤدى ثلثى الالفين حالا والباقى الى أجله أو يرد رقيقا عند أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد يؤدى ثلثى الالف حالا والباقى الى أجله) لان له أن يترك الزيادة بان يكاتبه على قيمته فله أن يؤخرها وصار كما اذا خالع المريض امرأته على ألف الى سنة جاز لان له أن يطلقها بغير بدل ولهما أن جميع المسمى بدل الرقبة حتى أجرى عليها أحكام الابدال وحق الورثة متعلق بالمبدل فكذا بالبدل والتاجيل اسقاط معنى فيعتبر من ثلث الجميع بخلاف الخلع لان البدل فيه لا يقابل المال فلم يتعلق حق الورثة بالمبدل فلا يتعلق بالبدل ونظيره هذا اذا باع المريض داره بثلاثة آلاف الى سنة وقيمتها ألف ثم مات ولم تجز الورثة فعندهما يقال للمشترى أد ثلثى جميع الثمن حالا والثلث الى أجله والا فانقض البيع وعنده يعتبر الثلث بقدر القيمة لا فيما زاد عليه لما بينا من المعنى قال (وان كاتبه على ألف الى سنة وقيمته ألفان ولم تجز الورثة يقال له أد ثلثى القيمة حالا أو ترد رقيقا فى قولهم جميعا) لان المحاباة ههنا فى القدر والتاخير

مناقشة ظاهرة اذ قد سبق أن الاستقراض جائز و بذلك الاعتبار صح الكتابة الحالة فليتامل اه (أقول) هذه المناقشة انما تظهر أن لو أرادوا بنفى القدرة على الاداء الا به نفى القدرة الممكنة وهى أدنى مايتمكن به من

نصابا للزكاة (قوله ولان عقد الكتابة عقد من وجه) لان القياس ينفى هذا العقد لان المولى لا يستوجب على عبده دينا وعقد من وجه لانه تعليق العتق باداء البدل والاجل ربا من وجه فيكون شبهة الشبهة فلا يعتبر (قوله حتى أجرى عليها أحكام الابدال) حتى يبيع مرابحة على جميع الثمن ويأخذ الشفيع بكل الثمن (قوله نظيره هذا اذا باع المريض داره بثلاثة آلاف الى سنة وقيمتها ألف) أى أصل اختلافهم هذا فى مريض باع دارا قيمتها ألف بثلاثة آلاف الى سنة (قوله لما بينا من المعنى أراد به ماذكر من الدليل فى الطرفين (قوله لان المحاباة ههنا فى القدر والتأخير) فانه تبرع باسقاط أحد الالفين وتأخير الالف

الاعتدال (قوله وقد استعمله باللام) أقول يجوز أن تكون زائدة كما فى ردف لكم (قوله لما تقدم ان له شبها) أقول الاولى أن يقال لانه شرع مع المنافى كما علم غيره (قوله فيكون من هذا الوجه عينا) أقول اليمين أيضا من العقود (قوله بخلاف العقد بين الحرين لانه عقد من كل وجه) أقول وخروج الجواب أيضا عن مكاتب الغير فليتامل (قوله والاخذ بالشفعة) أقول فيه شئ والامر سهل

وهو تأجيل الالف الاخرى (فاعتبر الثلث فيهما) أي يصح تصرفه في ثلث قيمته في الاسقاط والتأخير لكن لما سقط ذلك الثلث لم يبق التأخير أيضا ولم يصح تصرفه في ثلثي القيمة لا في حق الاسقاط ولا في حق التأخير *(باب من يكاتب عن العبد)* لما فرغ من ذكر أحكام تتعلق بالاصيل في الكتابة ذكر في هذا الباب أحكاما تتعلق بالنائب فيها وقدم أحكام الاصيل لان الاصل في تصرف المرء أن يكون لنفسه قال (واذا كاتب الحر عن عبد بالف درهم الخ) قال في الجامع الصغير واذا كاتب الحر عن عبد بالف درهم فان أدى عنه عتق وان بلغ العبد وقبل فهو مكاتب واختلف شارحوه في تصويره فقال بعضهم هو أن يقول الحر لمولى العبد كاتب عبدك على ألف درهم على أني ان أديت اليك ألفا فهو حر فكاتبه المولى على هذا يعتق بأدائه بحكم الشرط واذا قبل العبد صار مكاتبا يعني ان هذا العقد نافذ في حق ما للعبد من حرمة البيع ونفوذ عتقه باداء هذا القائل وموقوف على اجازته فيما عليه من لزوم البدل لانه عقد جرى بين فضولي ومالك فيتوقف على اجازة من له الاجازة فاذا قبله كان ذلك اجازة منه فيصير مكاتبا لان الاجازة في الانتهاء كالاذن في الابتداء ولو وكله العبد بذلك نفذ عقده عليه فكذا اذا أجاز بعد العتق وقال بعضهم هو أن يقول كاتب عبدك على ألف درهم ولم يقل على أني ان أديت اليك ألفا فهو حر فادى عتق استحسانا وفي القياس لا يعتق لانه لا شرط حتى يعتق بوجود الشرط والعقد موقوف لا محالة وجه الاستحسان أنه لا ضرر للعبد الغائب في تعليق العتق أي في توقف العتق على أداء القائل فيصح العقد في حق هذا الحكم ويتوقف في لزوم الالف العبد قيل ما الفرق بين هذه وبين البيع فان بيع الفضولي يتوقف على اجازة المجيز فيما له وفيما عليه وههنا لا يتوقف فيما له والجواب أن ماله ههنا اسقاط وهو لا يتوقف على القبول وما عليه الزام وهو يتوقف عليه ولو أدى الحر البدل لا يرجع على العبد لانه متبرع حيث لم يأمره بالاداء ولا هو مضطر في أدائه وهل له أن يسترد ما أدى الى المولى فيه تفاو يل طالع النهاية تطلع عليه قال (واذا كاتب العبد عن نفسه وعن عبد آخر لمولاه الخ) اذا قال العبد لمولاه كاتبني بالف درهم على نفسي وعلى عبدك فلان الغائب ففعل جاز استحسانا وفي القياس أن يصح على نفسه لولايته عليها ويتوقف في حق الغائب

فاعتبر الثلث فيهما

(باب من يكاتب عن العبد)

قال (واذا كاتب الحر عن عبد بالف درهم فان أدى عنه عتق وان بلغ العبد فقبل فهو مكاتب) وصورة المسئلة أن يقول الحر لمولى العبد كاتب عبدك على ألف درهم على أني ان أديت اليك ألفا فهو حر فكاتبه المولى على هذا يعتق بادائه بحكم الشرط واذا قبل العبد صار مكاتبا لان الكتابة كانت موقوفة على اجازته وقبوله اجازة ولو لم يقل على أني ان أديت اليك ألفا فهو حر فادى لا يعتق قياسا لانه لا شرط والعقد موقوف على اجازة العبد وفي الاستحسان يعتق لانه لا ضرر للعبد الغائب في تعليق العتق باداء القائل فيصح في حق هذا الحكم ويتوقف في حق لزوم الالف على العبد وقيل هذه هي صورة مسئلة الكتاب (ولو أدى الحر البدل لا يرجع على العبد) لانه متبرع قال (واذا كاتب العبد عن نفسه وعن عبد آخر لمولاه وهو غائب فان أدى الشاهد أو الغائب عتقا)

الاداء وأما اذا أرادوا بذلك نفي القدرة الميسرة وهي ما يوجب اليسر على الاداء كما هو الظاهر فلا يكون للمناقشة مجال لظهور أن اليسر على الاداء في حق المكاتب انما يتصور بالاجل لانه يخرج عن يد المولى مفلسا فيمتنع الناس غالبا عن اقراضه المال في الحال فيعسر الاداء عليه جدا بدون الاجل وان أمكن في الجملة على ان المصنف وأضرابه لم يتشبثوا في تعليل صحة الكتابة الحالة عندنا بجواز الاستقراض بل قالوا ان عقد الكتابة عقد معاوضة والبدل معقود به فأشبه الثمن في البيع في عدم اشتراط القدرة عليه وان مبنى الكتابة على المساهلة فيمهله المولى ومتى امتنع من الاداء في الحال يرد الى الرق اهـ فلم يتم قول ذلك المناقش وبذلك الاعتبار صح الكتابة الحالة فتدبر والله أعلم *(باب من يكاتب عن العبد)*

الاخرى والله أعلم

(باب من يكاتب عن العبد)

(قوله لانه لا شرط) أي حتى يعتق لوجوده لانه لم يقل ان أديت اليك ألفا فهو حر والعقد موقوف والموقوف لا حكم له (قوله ولا ضرر للعبد الغائب) وهذا لان المولى ينفرد بايجاب العتق والحاجة الى قبول المكاتب لاجل البدل فاذا تبرع الفضولي باداء البدل وتصرف الفضولي نافذ في حق كل حكم ليس فيه ضرر ولا ضرر عليه في عتقه عند تبرع الغير باداء البدل عنه فتنعقد الكتابة في حق هذا الحكم وتتوقف في حكم لزوم الالف على العبد (قوله وقيل هذه هي صورة مسئلة الكتاب) يعني قيل صورة مسئلة الكتاب ما اذا لم يقل ان أديت اليك ألفا فهو حر بل قال له كاتب عبدك على ألف درهم وقبل الفضولي عن العبد والحكم فيه أنه ان أدى عنه عتق وان بلغ العبد فقبل يصير مكاتبا وقيل هذا الجواب أي العتق باداء الفضولي فيما اذا كانت المسئلة مصورة بصورة التعليق بان قال الفضولي على اني ان أديت فهو حر على ما قال في الكتاب (قوله لانه متبرع) لانه لم يأمره بالاداء ولا هو مضطر في أدائه وهل له ان يسترد ما أدى الى المولى قلنا ان أداه بحكم الضمان وهو ان يقول كاتب عبدك على ألف درهم على اني ضامن يرجع عليه لانه أدى بضمان فاسد فان

(باب من يكاتب عن العبد) (قوله ذكر في هذا الباب أحكاما تتعلق بالنائب فيها) أقول كان الاظهر ان يقول بالتبرع وانما عدل عنه للاحظة عنوان الباب (قوله فان بيع الفضولي يتوقف على اجازة المجيز فيما له) أقول كثبوت الملك له

لعدم الولاية عليه كمن باع عبده وعبد غيره أو زوج أمته وأمة غيره وجه الاستحسان أن الحاضر باضافة العقد الى نفسه ابتداء جعل نفسه فيه
أصلا والغائب تبعا والكتابة على هذا الوجه مشروعة كالامة اذا كوتبت دخل أولادها فى كتابتها تبعا حتى عتقوا بادائها وليس عليهم من
البدل شئ فان قيل ليس ما نحن فيه كالمستشهد به لان الاولاد تابعة لها من كل وجه حتى ان المولى لو أعتق الاولاد لم يسقط من البدل شئ وتعتق
الاولاد اذا أعتق المولى الام بخلاف العبد الغائب فانه مقصود بالكتابة من وجه حيث أضيف العقد اليهما مقصودا حتى ان المولى اذا أعتق
الحاضر نفذ عتقه وبطلت الكتابة ولا يعتق العبد الغائب واذا أعتق العبد الغائب سقطت حصته من المكاتبة ويجب على الحاضر حصته لا غير
ولا يلزم من نفوذ ما هو تبع محض بلا توقف على قبوله نفوذ ما هو مقصود من وجه بلا توقف فالجواب أن ما ذكرت يجوز أن يكون وجها للقياس
وأما فى الاستحسان فالنظر الى ثبوت هذا العقد بالتبعية فى البعض من غير نظر فى أن يكون فيه جهة اصالة أولا تصحيحا

للعقد ونظر المكاتب
ولاشتماله على المسامحة
واذا أمكن تصحيحه على هذا
الوجه ينفرد به الحاضر فله
أى فللمولى أن يأخذ
العبد الحاضر بكل البدل
لان البدل عليه لكونه أصلا
فيه ولا يكون على الغائب
من البدل شئ لانه تبع فيه
وهذا يدلك على ان النظر
فى مجرد التبعية لا معتبر
بجهة الاصالة فى انعقاد العقد
عليه (قوله وأيهما أدى
عتقا) تكرار لانه قال فى
أول المسئلة فان أدى
الشاهد أو الغائب عتقا
لكنه أعاده تمهيدا لقوله
(ويجبر المولى على القبول
أما الحاضر فلان البدل عليه
وأما الغائب فـ) القياس
فيه أن لا يجبر لانه متبرع
اذ ليس عليه شئ من البدل
ووجه الاستحسان ان له فيه
منفعة (لانه ينال شرف
الحرية وصار كمعير الرهن
اذا أدى المرتهن) لفكاك عينه (يجبر المرتهن على القبول لحاجته الى استخلاص عينه وان لم يكن الدين عليه قال
وأيهما أدى لا يرجع على صاحبه لان الحاضر قضى دينا عليه) ومثله لا يرجع (والغائب متبرع به غير مضطر اليه) ومثله أيضا لا يرجع فان قيل
الغائب ههنا كمعير الرهن ومعير الرهن مضطر ولهذا يرجع على المستعير بما أدى فكيف قال غير مضطر اليه فالجواب أنه كهو فى حق جواز الاداء
من غير دين عليه لا فى الاضطرار فان الاضطرار انما هو اذا فاته شئ حاصل وههنا ليس كذلك بل انما هو بعرضية أن تحصل له الحرية وهذا كما

ومعنى المسئلة أن يقول العبد كاتبنى بألف درهم على نفسى وعلى فلان الغائب وهذه كتابة جائزة استحسانا وفى
القياس يصح على نفسه لولايته عليها ويتوقف فى حق الغائب لعدم الولاية عليه وجه الاستحسان ان الحاضر
باضافة العقد الى نفسه ابتداء جعل نفسه فيه أصلا والغائب تبعا والكتابة على هذا الوجه مشروعة كالامة اذا
كوتبت دخل أولادها فى كتابتها تبعا حتى عتقوا بادائها وليس عليهم من البدل شئ واذا أمكن تصحيحه على
هذا الوجه ينفرد به الحاضر فله أن يأخذه بكل البدل لان البدل عليه لكونه أصلا فيه ولا يكون على الغائب من
البدل شئ لانه تبع فيه قال (وأيهما أدى عتقا ويجبر المولى على القبول) أما الحاضر فلان البدل عليه وأما
الغائب فلانه ينال به شرف الحرية وان لم يكن البدل عليه وصار كمعير الرهن اذا أدى الدين يجبر المرتهن على
القبول لحاجته الى استخلاص عينه وان لم يكن الدين عليه قال (وأيهما أدى لا يرجع على صاحبه) لان الحاضر
قضى دينا عليه والغائب متبرع به غير مضطر اليه

لما فرغ من ذكر أحكام تتعلق بالاصل فى الكتابة ذكر فى هذا الباب أحكاما تتعلق بالنائب فيها وقدم
الكفالة ببدل الكتابة لا تصح وان أدى بغير ضمان لا يرجع لانه متبرع حصل له مقصوده وهو عتق العبد فلا
يرجع كمن تبرع باداء الثمن على المشترى وتم تبرعه وهذا اذا أدى كل بدل الكتابة وان أدى البعض له ان
يرجع سواء أدى بضمان أو بغير ضمان ان أدى بضمان فلما مر وان أدى بغير ضمان فكذلك لانه لم يحصل
عوضه وهو العتق فكان حكم الاداء موقوفا فيرجع كمن تبرع باداء الثمن فى بيع موقوف كان له ان يسترد
من البائع لهذا المعنى بخلاف ما لو قبل العبد الكتابة ثم تبرع انسان عنه باداء بعض بدل الكتابة حيث لا يرجع
لان ثمة حصل مقصود آخر وهو براءة ذمة المكاتب عن بعض البدل وههنا لم يكن فى ذمة العبد شئ حتى يبرأ بادائه
هذا اذا أراد ان يرجع قبل اجازة العبد وان أجاز الكتابة حتى نفذت عليه ثم أراد الحر ان يرجع بما أدى بحكم
الضمان يرجع وان أدى بغير ضمان لا يرجع سواء أدى الكل أو البعض لانه متى أجاز نفذت الكتابة من
الابتداء فوقع الاداء مبرئا لذمة المكاتب عن بدل الكتابة فيحصل مقصود المتبرع فلا يرجع (قوله والكتابة على
هذا الوجه مشروعة) بان جعل نفسه أصلا فى الكتابة والغائب تبعا كولد المكاتبة يكون تبعا لها فيصح هذا
التصرف كذلك أو يجعل هذا كتابة للحاضر على ألف وتعليقا لعتق الغائب باداء الالف الذى هو بدل فى
هذه الكتابة تصحيحا لتصرف العاقل بقدر الامكان (قوله وأيهما أدى عتقا) أما الحاضر فلان البدل عليه
فيجبر المولى على قبوله عند أدائه ويعتق الغائب أيضا لدخوله فى كتابة الحاضر تبعا كما فى ولد المكاتبة أو لما

(قوله وأما فى الاستحسان فالنظر الى ثبوت هذا العقد بالتبعية فى البعض من غير نظر فى أن يكون فيه جهة أصالة أولا تصحيحا للعقد) أقول قوله
تصحيحا ناظر الى قوله فالنظر والضمير فى قوله فيه راجع الى البعض (قوله ولاشتماله على المسامحة) أقول عطف على قوله تصحيحا (قوله فى انعقاد
العقد عليه) أقول الضمير فى قوله عليه راجع الى الغائب فى قوله ولا يكون على الغائب من البدل شئ

يقال عدم الربح لا يسمى خسرانا فان قيل حق الحرية حاصل بالكتابة وربما فاته لو لم يؤد فكان مضطرا أجيب بانه متوهم وحق الرجوع لم يكن ثابتا فلا يثبت به (وليس للمولى أن يأخذ الغائب بشئ لما بينا) انه فيه تبرع (فان قبل العبد الغائب ذلك أو لم يقبل فليس ذلك منه بشئ والكتابة لازمة للشاهد) وان رده الغائب لا أثر لرده وقبوله فى ذلك (لان الكتابة نافذة على الحاضر من غير قبول الغائب فلا تتغير بقبوله) فليس للمولى أن يأخذه بشئ من بدل الكتابة (كمن كفل عن غيره بغير أمره فبلغه فاجازه لا يتغير حكمه حتى لو أدى لا يرجع عليه كذا هذا واذا قبلت الامة الكتابة عن نفسها وعن ابنين لها صغيرين جاز) وانما وضع المسئلة فى الامة اشارة الى أن الحكم فى العبد والامة سواء فانه لو وضعها فى العبد لربما توهم ان الجواز لثبوت ولاية الاب عليهما فلا يجوز ذلك فى الامة لعدم ولايتها اذ الام الحرة لا ولاية لها فكيف بالامة (وأيهم أدى لم يرجع على صاحبه ويجبر المولى على القبول ويعتقون لانها جعلت نفسها أصلا فى الكتابة وأولادها تبعا على ما بينا فى المسئلة الاولى) وذلك ان الام اذا أدت فقد أدت دينا على نفسها وكل من الولدين ان أدى فهو متبرع غير مضطر وفى ذلك كله لا رجوع فان قيل اذا أدى أحدهما ينبغى أن لا يعتق الابن الآخر لانه لا اصالة بينهما ولا تبعية فالجواب ان أحدهما اذا أدى كان أداؤه كاداء الام لانه تابع لها من كل وجه ولو أدت الام عتقوا فكذا اذا أدى أحدهما قيل وهذه فائدة وضع المسئلة فى صغيرين دون صغير واحد ليعلم هذا المعنى (قوله وهى أولى بذلك من الاجنبي)

قال (وليس للمولى أن يأخذ الغائب بشئ) لما بينا (فان قبل العبد الغائب أو لم يقبل فليس ذلك منه بشئ والكتابة لازمة للشاهد) لان الكتابة نافذة عليه من غير قبول الغائب فلا تتغير بقبوله كمن كفل عن غيره بغير أمره فبلغه فاجازه لا يتغير حكمه حتى لو أدى لا يرجع عليه كذا هذا قال (واذا كاتبت الامة عن نفسها وعن ابنين لها صغيرين فهو جائز وأيهم أدى لم يرجع على صاحبه ويجبر المولى على القبول ويعتقون) لانها جعلت نفسها أصلا فى الكتابة وأولادها تبعا على ما بينا فى المسئلة الاولى وهى أولى بذلك من الاجنبي

ر أحكام الاصيل لان الاصل فى تصرف المرء أن يكون لنفسه (قوله وهى أولى بذلك من الاجنبي) يعنى ان

ذكرنا من التعليق ووجود الشرط وأما اذا أدى الغائب فلانه ينال بهذا الاداء شرف الحرية فلا يكون بمنزلة الاجنبي بل يكون بمنزلة ولد المكاتبة ومعير الرهن اذا قضى دين الراهن فان المرتهن يجبر على القبول لانه يستخلص به ماله وههنا أولى لانه يستخلص به نفسه ولا يكون للمولى مطالبة على الغائب لانه دخل فى الكتابة تبعا كولد المكاتبة أو لانه فى حقه مجرد تعليق العتق بشرط أداء بدل الكتابة وذلك لا يوجب المطالبة ثم ان العبد الغائب وان دخل فى عقد الكتابة تبعا كولد المكاتبة الا أنه أصل من وجه من حيث ان عقد الكتابة أضيف اليهما مقصودا بقوله كاتبنى بألف درهم على نفسى وعلى فلان الغائب فكان بدل الكتابة منقسما عليهما فى الاصل ولهذا لو أعتق المولى الغائب عتق وسقط حصته من المكاتبة لان المال مقابل بالرقبتين فى حق المولى والحاضر وانما جعلناه تابعا لا حصة له فى حقه لئلا يتضرر به فاذا بطلت حصته لم يعتق الحاضر حتى يؤدى حصته وان أعتق الحاضر عتق وبطل عنه حصته من المكاتبة ويؤدى الغائب حصته حالا والا رد فى الرق لان الاجل كان مشروطا للحاضر دون الغائب بخلاف ولد المكاتبة اذا أعتقه المولى لا يسقط عن المكاتبة شئ ويعتق باعتاق المكاتبة (قوله فان قبل الغائب أو لم يقبل فليس ذلك منه بشئ) أى لا يؤثر قبوله فى لزوم بدل الكتابة عليه لانه ليس للمولى ان يأخذ الغائب بشئ أجاز الغائب أو لم يجز وكذلك رده لا يؤثر فى حق رد عقد الكتابة عن الحاضر بل عقد الكتابة لازم للحاضر وان رده الغائب (قوله واذا كاتبت الامة على نفسها) أى قبلت عقد الكتابة على نفسها وعلى ابنين صغيرين لها والحكم فى العبد كذلك وليس فى وضع المسئلة فى الامة فائدة سوى ما ذكره أبو جعفر رحمه الله فى كشف الغوامض بقوله ان لهذه الرواية أى لرواية الجامع الصغير من الفائدة ما ليس فى مكاتب المبسوط فان هناك وضع المسئلة فيمن كاتب عبده على نفسه وأولاده الصغار فلولا رواية الجامع الصغير كان لقائل ان يقول للاب على الصغير من الولاية ما ليس للام فبرواية الجامع الصغير تبين ان ذلك كله سواء وانما قيد بالصغير ليدل بذلك ان لا أثر لقبول الغائب أو رده ثم فائدة وضع المسئلة فى الصغيرين دون الصغير هى ان أيهم أدى لم يرجع على صاحبه ويعتقون لانه لولا هذا الوضع كان لقائل ان يقول فى مثل هذا اذا أدى أحد الابنين ينبغى ان لا يعتق الابن الآخر لانه لا اصالة بينهما ولا تبعية بخلاف الامة وابنها فان أداء الام كاداء ابنها بطريق ان الابن يتبعها وكذلك أداء الابن كاداء أمه لانه لما دخل فى كتابتها بطريق التبعية صار أداء التبع كاداء الاصل وأما أداء هذا الابن ليس كاداء أخيه لما أنه لا تبعية بينهما ولهذا وضع هذه المسئلة فى المبسوط فى الاولاد الصغار ليفيد هذه الفائدة ولكن اختار فى الجامع الصغير لفظ التثنية لانه أقل ما يتحقق فيه هذه الفائدة (قوله على ما بينا فى المسئلة الاولى) وهى ما اذا كاتب عن نفسه وعن عبد آخر له غائب (قوله وهى أولى بذلك من الاجنبي) لان ولدها أقرب اليها من الاجنبي والله أعلم

(قوله فان قيل حق الحرية الى قوله أجيب بانه متوهم وحق الرجوع لم يكن ثابتا فلا يثبت به) أقول الضمير فى قوله بانه راجع الى قوله حق الحرية وا الضمير فى قوله به راجع الى قوله متوهم (قوله وكل من الولدين ان أدى الخ) أقول الظاهر أن يقال وكذا

(باب كتابة العبد المشترك)

قال (واذا كان العبد بين رجلين اذن أحدهما لصاحبه أن يكاتب نصيبه بالف درهم و يقبض بدل الكتابة فكاتب وقبض بعض الالف ثم عجز فالمال للذى قبض عند أبى حنيفة وقالا هو مكاتب بينهما وما أدى فهو

هذا العقد على هذا الوجه يجوز فى حق الاجنبى فلأن يجوز فى حق ولدها أولى لان ولدها أقرب اليها من الاجنبى كذا فى الشروح قال صاحب العناية بعد أن ذكر ذلك وأقول لعله اشارة الى ماذهب اليه بعض المشايخ ان ثبوت الجواز ههنا قياس واستحسان لان الولد تابع لها بخلاف الاجنبى وأرى انه الحق اه (وأنا أقول) أرى ان الحق خلافه وهو أن يكون ثبوت الجواز ههنا أيضا على وجه الاستحسان دون القياس كما يدل عليه ماذكره الامام قاضيخان فى شرح الجامع الصغير وماذكره صاحب الكافى و بعض من شراح هذا الكتاب وذلك لان من ذهب الى أن ثبوت الجواز ههنا على وجه القياس والاستحسان ان أراد بوجه القياس ههنا كون الولد تابعا للام فى الكتابة مطلقا كما هو الظاهر من قول صاحب العناية لان الولد تابع لها بخلاف الاجنبى فليس بتام لان تبعية الولد للام فى الكتابة مطلقا انما تكون فى الولد الذى ولدته فى حال الكتابة والولد الذى اشترته فى حال الكتابة لافى الولد الذى ولدته قبل الكتابة كما لايخفى على من أحاط بمسائل كتاب المكاتب خبرا ولاشك أن وضع مسئلتنا هذه فى كتابة الامة عن نفسها وعن ابنين لها مولودين قبل الكتابة فلا يتصور ههنا التبعية المطلقة وأما التبعية الحاصلة بالضم لها فى عقد الكتابة فمثل هذه التبعية متحققة فى المسئلة الاولى أيضا بلا تفاوت كما صرح به المصنف هناك وقال ههنا لأنها جعلت نفسها أصلا فى الكتابة وأولادها تبعا على مابينا فى المسئلة الاولى اه مع ان ثبوت الجواز هناك على وجه الاستحسان دون القياس بالاتفاق وان أراد بوجه القياس ههنا ثبوت ولاية المكاتبة على أولادها كثبوتها على نفسها فليس بصحيح اذ قد صرحوا قاطبة بأن الام الحرة لاولاية لها على أولادها فكيف بالامة وقالوا هذا هو السر فى وضع هذه المسئلة فى الامة اذ لو وضعها فى العبد لربما توهم أن الجواز لثبوت ولاية الاب عليهما فلا يعلم تساوى العبد والامة فى حكم هذه المسئلة

(باب كتابة العبد المشترك)

لما فرغ عن كتابة عبد غير مشترك شرع فى كتابة العبد المشترك لان الاصل عدم الاشتراك كذا فى غاية البيان وقال أكثر الشراح ذكر كتابة الاثنين بعد كتابة الواحد لان الاثنين بعد الواحد (أقول) الوجه الاول هو الراجح لان الوجه الثانى لايتمشى فى المسئلة الاولى من هذا الباب على قول أبى حنيفة رحمه الله بخلاف الوجه الاول تامل تقف (قوله واذا كان العبد بين رجلين) قال بعض الشراح وفى بعض النسخ بين شريكين وهى أولى اه (أقول) وجه الاولوية أن حكم هذه المسئلة يعم ما اذا كان العبد بين رجلين وما اذا كان بين رجل وامرأة أو بين امرأتين ولفظ شريكين ينتظم الكل اما بجعل الشريك فعيلا بمعنى مفعول من شركه فى كذا فان كلا من المتشاركين فى أمر شارك فيه ومشروك والفعيل بمعنى المفعول يستوى فيه المذكر والمؤنث أو بصيرورة لفظ الشريك من عداد الاسماء الجامدة كما قالوا فى لفظ التابع ونحوه حتى جعلوا التوابع جمع تابع من هذه الحيثية فيتناول المذكر والمؤنث على السوية ثم ان صاحب العناية لما أخذ بنسخة بين شريكين حيث قال قال واذا كان العبد بين شريكين فسر بعض الفضلاء قوله شريكين برجلين حيث قال أى بين رجلين (أقول) هذا أمر عجيب اذ لاشك أن حكم هذه المسئلة غير مختص بما اذا كان العبد بين رجلين فتخصيص لفظ يحتمل العموم للرجلين وغيرهما بالرجلين مما لاوجه له ههنا أصلا ولو فسر لفظ رجلين فى نسخة بين رجلين بالشريكين مطلقا تغليبا للذكور على الاناث لكان له وجه وجيه لاقتضاء المقام اياه

(باب كتابة العبد المشترك)

(قوله ان يكاتب نصيبه) أى نصيب المأذون

يريد ان هذا العقد على هذا الوجه يجوز فى حق الاجنبى فلان يجوز فى حق ولدها لان ولدها أقرب اليها من الاجنبى أولى وأقول لعله اشارة الى ماذهب اليه بعض المشايخ أن ثبوت الجواز ههنا قياس واستحسان لان الولد تابع لها بخلاف الاجنبى وأرى أنه الحق والله أعلم

(باب كتابة العبد المشترك)

ذكر كتابة الاثنين بعد الواحد لان الواحد قبل الاثنين قال (واذا كان العبد بين شريكين الخ) اذا أذن أحد الشريكين لصاحبه أن يكاتب نصيب نفسه بالف درهم و يقبض بدل الكتابة فكاتب وقبض بعض الالف ثم عجز فالمال للذى قبض عند أبى حنيفة وقالا هو مكاتب بينهما وما أدى فهو بينهما

(باب كتابة العبد المشترك)

(قوله ذكر كتابة الاثنين بعد الواحد لان الواحد قبل الاثنين) أقول الاظهر أن يقال ذكر كتابة المشترك بعد غير المشترك لان الاشتراك خلاف الاصل ولان المشترك من غيره كالمركب من المفرد فتدبر وانما قلنا الاظهر ذلك لان مقصود الباب بيان حال كتابة العبد المشترك سواء كان المكاتب واحدا كما فى المسئلة الاولى على مذهب أبى حنيفة أو اثنين (قوله واذا كان العبد بين شريكين) أقول أى بين

وأصل هذا الاختلاف ان الكتابة تتجزأ عنده خلافا لهما كالاعتاق لانها تفيد الحرية من وجه فتقتصر على نصيبه عنده والاذن لا يفيد الاشتراك في الكتابة وانما تكون فائدته انتفاء ما كان له من حق الفسخ ان كاتبه بغير اذنه واعترض بان الكتابة اما أن يعتبر فيها معنى المعاوضة أو معنى الاعتاق أو معنى تعليق العتق باداء المال ولو وجد شئ من ذلك من أحد الشريكين بغير اذن صاحبه ليس للآخر ولاية الفسخ فمن أين للمكاتبة ذلك وأجيب بان الكتابة ليست عين كل واحد من المعاني المذكورة وانما هي تشتمل عليها فيجوز أن يكون لها حكم تختص به وهو ولاية الفسخ لمعنى يوجبه وهو الحاق الضرر ببطلان حق البيع للشريك الساكت بالكتابة وتصرف الانسان في خالص حقه انما يسوغ اذا لم يتضرر به الغير ثم المحل وهي الكتابة تقبل الفسخ ولهذا يفسخ بتراضيهما فتحقق المقتضى وانتفى المانع وأما المعاني المذكورة فالمعاوضة وان قبلت الفسخ لكن ليس فيها ضرر لصاحبه فانه اذا باع نصيبه لم يبطل على صاحبه بيع نصيبه والاعتاق والتعليق وان كان فيهما ضرر لكن المحل لا يقبل الفسخ أما الاعتاق فظاهر وأما التعليق فلانه يمين (قوله واذنه له ليس بقبض البدل) بيان لاختصاص المكاتب بالمقبوض وذلك انه اذا أذن له بالقبض فقد أذن للعبد بالاداء من الكسب اليه فيصير الآذن متبرعا بنصيبه من الكسب عليه أي على المكاتب فلهذا كان كل المقبوض له ويجوز أن يكون ضمير عليه للعبد أي فيكون الآذن متبرعا بنصيبه على العبد ثم على الشريك فاذا تم تبرعه بقبض الشريك لم يرجع فان قيل المتبرع يرجع بما تبرع اذا لم يحصل مقصوده من التبرع كمن تبرع باداء الثمن عن المشتري ثم هلك المبيع قبل القبض أو استحق فان له الرجوع لعدم حصول مقصوده من التبرع وهو سلامة المبيع للمشتري أجيب بان المتبرع عليه هو المكاتب من وجه من حيث ان مقصود الآذن قضاء دينه من ماله وبعد العجز صار عبدا له من كل وجه والمولى لا يستوجب على عبده شيأ بخلاف البائع فان ذمته محل صالح لوجوب دين المتبرع فيثبت له حق الرجوع اذا لم يحصل مقصوده ولهما أن الاذن بكتابة نصيبه اذن بكتابة الكل لعدم التجزؤ فهو أصيل في النصف وكيل في النصف وهو أي البدل بينهما والمقبوض مشترك بينهما فيبقى كذلك بعد العجز كما لو كاتباه فعجز وفي يده من الاكساب وكان المصنف مال الى قولهما حيث أخره

بينهما) وأصله ان الكتابة تتجزأ عنده خلافا لهما بمنزلة الاعتاق لانها تفيد الحرية من وجه فتقتصر على نصيبه عنده للتجزؤ وفائدة الاذن أن لا يكون له حق الفسخ كما يكون له اذا لم يأذن واذنه له بقبض البدل اذن للعبد بالاداء فيكون متبرعا بنصيبه عليه فلهذا كان كل المقبوض له وعندهما الاذن بكتابة نصيبه اذن بكتابة

فكيف بالعكس (قوله وأصله ان الكتابة تتجزأ عنده خلافا لهما بمنزلة الاعتاق لانها تفيد الحرية من وجه فتقتصر على نصيبه عنده للتجزؤ وفائدة الاذن أن لا يكون له حق الفسخ كما يكون له اذا لم يأذن) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام وأصل هذا الاختلاف أن الكتابة تتجزأ عنده خلافا لهما كالاعتاق لانها تفيد

(قوله وأصله) أي وأصل قوله فالمال الذي قبض عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما هو بينهما نصفان (قوله فيكون متبرعا بنصيبه عليه) أي على المكاتب لانه لما أذن أحدهما صاحبه بكتابة نصيبه صار نصيب المكاتب مكاتبا وبقي نصيب الآذن عبدا كما كان فحين اكتسب كان هذا كسب مملوك بعضه مكاتب وبعضه عبد فما كان من كسب المكاتب فهو للمكاتب وما كان من كسب العبد فهو لمولاه فمتى اذن الذي لم يكاتب شريكه بقبض بدل الكتابة فقد أذن لعبده بقضاء دينه من الكسب الذي يكون له فيصير الآذن متبرعا بنصيب نفسه من الكسب على العبد ثم على الشريك فاذا تم تبرعه بقبض الشريك لم يرجع ويصير بمنزلة مالو وهب من مكاتبته شيأ ثم المكاتب ملكه من غيره بعوض وعجز فان قيل المتبرع له ان يرجع بما تبرع به اذا لم يحصل مقصوده من التبرع كمن تبرع باداء الثمن عن المشتري ثم هلك المبيع قبل القبض أو استحق يرجع بما تبرع به لان المقصود به من المتبرع وهو سلامة المبيع للمشتري لم يحصل وكذا لو تبرع بالمهر عن الزوج ثم جاءت الفرقة من جهتها قبل الدخول يرجع بما تبرع به لان مقصود المتبرع سلامة منفعة البضع للزوج ولم يحصل فههنا أيضا مقصود الآذن بالتبرع أن يسلم للمكاتب رقبته بالعتق ولم يحصل بالعجز فينبغي ان يرجع قلنا المتبرع عليه ههنا هو المكاتب من وجه من حيث ان مقصود الآذن عتقه وبعد العجز صار رقيقا له من كل وجه والمولى لا يستوجب على عبده دينا ولا عينا خصوصا اذا خرج عن

رجلين (قوله والاذن لا يفيد) أقول أي على مذهبهما (قوله فيجوز أن يكون لها حكم تختص به وهو ولاية الفسخ لمعنى يوجبه وهو الحاق الضرر ببطلان حق البيع للشريك الساكت بالكتابة) أقول قوله هو في قوله وهو ولاية الفسخ راجع الى قوله حكم وقوله ببطلان متعلق بقوله الضرر وقوله للشريك متعلق بقوله الحاق وقوله بالكتابة متعلق بقوله الحاق أيضا (قوله فتحقق المقتضى) أقول يعني الحاق الضرر (قوله وانتفى المانع) أقول يعني عدم قبول الفسخ (قوله لكن ليس فيها ضرر) أقول فلم يتحقق فيها المقتضى (قوله أما الاعتاق فظاهر وأما التعليق فلانه يمين) أقول فلم ينتف فيهما المانع (قوله وهو أي البدل) أقول أو العقد أو المكاتب ويؤيده قوله وقالا هو مكاتب بينهما (قوله وكان المصنف مال الى قولهما حيث أخره) أقول فيه كلام لانه يأبى عنه ترجيح قول أبي حنيفة في كتاب العتاق

قال (واذا كانت جارية بين رجلين كاتباها الخ) واذا كانت جارية بين رجلين كاتباها فوطئها أحدهما فجاءت بولد فادعاه أى صحت دعوته وثبت نسبه ثم وطئها الآخر فجاءت بولد فادعاه أى صحت دعوته أيضا وثبت نسبه ثم عجزت فهى أم ولد كلها للاول بطريق التبين لانه لما ادعى أحدهما الولد الاول صحت دعوته لقيام الملك له فيه وصار نصيبه أم ولد له بناء على أن الاستيلاد فى المكاتبة يتجزأ عند أبى حنيفة رحمه الله لانه لاوجه لتكميل الاستيلاد الابتملك نصيب صاحبه والمكاتبة لاتقبل النقل من ملك الى ملك فتقتصر أمومية الولد على نصيبه كما فى المدبرة المشتركة فان الاستيلاد فيها يتجزأ بالاتفاق والجامع ان كلا من الكتابة والتدبير يمنع الانتقال من ملك الى ملك ولاوجه لفسخ الكتابة لان المكاتبة قد ترضى بحرية عاجلة بجهة الكتابة ولا ترضى بحرية آجلة بجهة الاستيلاد فاذا لم يتمحض الفسخ منفعة لاتنفسخ الابفسخ المكاتبة واذا ادعى الثانى ولدها الآخر صحت دعوته لقيام ملكه ظاهرا وانما قيد بقوله ظاهرا لان الظاهر أن تمضى على كتابتها فكان ملكه باقيا نظرا الى الظاهر ثم اذا عجزت بعد ذلك جعلت الكتابة كان لم تكن وتبين أن الجارية كلها أم ولد للاول لانه زال المانع من الانتقال ووطؤه سابق ويضمن نصف قيمتها لانه تملك نصيبه لما استكمل الاستيلاد ونصف عقرها لوطئه جارية مشتركة ويضمن شريكه كمال عقرها فيكون النصف بالنصف قصاصا ويبقى للاول على الثانى نصف العقر وقيمة الولد

و يكون

الكل لعدم التجزؤ فهو أصيل فى النصف ووكيل فى النصف فهو بينهما والمقبوض مشترك بينهما فيبقى كذلك بعد العجز قال (واذا كانت جارية بين رجلين كاتباها فوطئها أحدهما فجاءت بولد فادعاه ثم وطئها الآخر فجاءت بولد فادعاه ثم عجزت فهى أم ولد للاول) لانه لما ادعى أحدهما الولد صحت دعوته لقيام الملك له فيها وصار نصيبه أم ولد له لان المكاتبة لاتقبل النقل من ملك الى ملك فتقتصر أمومية الولد على نصيبه كما فى المدبرة المشتركة واذا ادعى الثانى ولدها الاخير صحت دعوته لقيام ملكه ظاهرا ثم اذا عجزت بعد ذلك جعلت الكتابة كان لم تكن وتبين أن الجارية كلها أم ولد للاول لانه زال المانع من الانتقال ووطؤه سابق (ويضمن نصف قيمتها) لانه تملك نصيبه لما استكمل الاستيلاد (ونصف عقرها) لوطئه جارية مشتركة (ويضمن شريكه كمال عقرها وقيمة الولد

الحرية من وجه فتقتصر على نصيبه عنده والاذن لايفيد الاشتراك فى الكتابة وانما يكون فائدته انتفاء ما كان له من حق الفسخ ان كاتبه بغير اذنه اه كلامه وقال بعض الفضلاء فى تفسير قوله والاذن لايفيد الاشتراك فى الكتابة أى على مذهبهما اه (أقول) هذا خبط ظاهر لان الاذن يفيد الاشتراك فى الكتابة على مذهبهما قطعا ألا ترى الى قولهما فى تعليل مذهبهما فى هذه المسئلة ان الاذن بكتابة نصيبه اذن بكتابة الكل لعدم التجزؤ فهو أصيل فى النصف ووكيل فى النصف فهو بينهما والمقبوض مشترك بينهما فيبقى كذلك بعد العجز اه ولعل قوله على مذهبهما وقع سهوا من قلم الناسخ وكان الصحيح على مذهبه ثم ان صاحب العناية بعد ان شرح دليلى الطرفين فى هذه المسئلة بالتمام قال وكان المصنف مال الى قولهما حيث أخره اه وقال بعض الفضلاء فيه كلام لانه يابى عنه ترجيح قول أبى حنيفة فى كتاب العتاق اه (أقول) الذى مر فى كتاب العتاق مسئلة العتاق والمذكور ههنا مسئلة الكتابة واستلزام ترجيح قول أبى حنيفة فى مسئلة الاعتاق ترجيحه فى مسئلة الكتابة ممنوع سيما اذا كانت كتابة احد الشريكين باذن الآخر كما نحن فيه فمن أين يثبت الاباء ولئن سلم الاستلزام بناء على كون الاصل فى كلتا المسئلتين هو التجزؤ وعدمه فترجيح قوله هناك لم يكن بالتصريح به بل انما فهم من تاخير دليله فى البيان وقد عكس الامر ههنا ففهم منه ترجيح قولهما لا محالة ولما وقع التدافع بين الكلامين حملنا الثانى على الرجوع عن الاول كما هو المخلص فى أمثال هذا ولا بعد وتدبر (قوله ويضمن شريكه كمال العقد وقيمة الولد) قيل ينبغى أن لا يضمن شريكه قيمة

يده بالتسليم الى المكاتب بخلاف الزوجة والبائع لان ذمتهما محل صالح لوجوب دين المتبرع فيثبت له حق الرجوع اذا لم يحصل مقصوده (قوله لعدم التجزى) ولا يلزم كتابة أحدهما بدون اذن الشريك حيث تثبت الكتابة قصرا عليه لان الكتابة انما تقتصر على أحد الشريكين اذا كانت غير لازمة والكتابة هناك ليست بلازمة بدليل ان الساكت يملك فسخها وهنا لازمة فاشبهت التدبير (قوله كما فى المدبرة المشتركة) صورتها أمة بين رجلين دبراها ثم وطئها أحدهما فجاءت بولد فادعاه يثبت نسب الولد منه وتقتصر أمومية الولد على نصيبه (قوله لقيام ملكه ظاهرا) قيد بقوله ظاهرا بالنظر الى ابقاء الكتابة وبالنظر الى العجز لا يبقى ملكه فيها والظاهر أنها تمضى على كتابتها فيكون ملك الثانى باقيا فيها (قوله ووطؤه سابق) فتصير أم ولد له من ذلك الوقت لان السبب هو الوطء فصار كما اذا أسقط الخيار يثبت الملك للمشترى من وقت العقد حتى تستحق الزوائد (قوله ويضمن شريكه كمال عقرها) وقيمة الولد فان قيل ينبغى ان لا يضمن قيمة الولد لان ضمان القيمة فى ولد المغرور وما ان المالية تتلف فى الولد بحريته فيضمن الاب قيمته وهنا الولد يتبع

(قوله أى صحت دعوته وثبت نسبه) أقول فيه بحث (قوله أى صحت دعوته أيضا) أقول فيه بحث أيضا (قوله لا تنفسخ الا بفسخ المكاتبة) أقول دون أن تعجز نفسها على ما هو المفروض فى وضع المسئلة

و يكون الولد ابنه بالنظر الى الظاهر والحقيقة أما بالنظر الى الظاهر فيكون الولد ابنه بالقيمة فانه بمنزلة المغرور لانه حين وطئها كان ملكه قائما ظاهرا كما ذكرنا وولد المغرور ثابت النسب منه حر بالقيمة على ماعرف وأما بالنظر الى الحقيقة فلزوم كمال العقر لانه وطئ أم ولد الغير حقيقة فان قيل فعلى هذا ينبغي أن لا يضمن الثاني قيمة الولد للاول عند أبي حنيفة لان حكم ولد أم الولد حكم أمه ولا قيمة لام الولد عنده فكذا الابن أجيب بان هذا على قولهما وأما على قوله فليس عليه ضمان قيمة الولد وليس بشئ وقيل عن أبي حنيفة في تقوم أم الولد روايتان فيكون الولد متقوما على احدهما فكان حرا بالقيمة وأيهما دفع العقر الى المكاتبة يعني قبل العجز جاز لان الكتابة مادامت باقية فحق القبض لها لاختصاصها بمنافعها وأبدالها واذا عجزت ترد العقر الى المولى لظهور اختصاصه وهذا الذي ذكرنا كله قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد هي أم ولد للاول وهي مكاتبة له وتعتق باداء البدل الى الاول ولا يجوز وطء الآخر لانه لما ادعى الاول الولد صارت كلها أم ولد له لان أمومية الولد يجب تكميلها بالاجماع ما أمكن لان الاستيلاد طلب الولد وأنه يقع بالفعل والفعل لا يتجزأ فكذا مايثبت به ولهذا لا يكمل في القنة بالاجماع وقد أمكن ههنا بفسخ الكتابة لانها قابلة للفسخ فتفسخ تكميلا للاستيلاد فيما لا تتضرر به المكاتبة وهو أمومية الولد لانه لا ضرر لها فيها بل لها فيه نفع حيث لم تبق محلا للابتذال بالبيع والهبة وتبقى الكتابة فيما وراءه محلا أي فيما وراء ما لا تتضرر به وهو كونها أحق باكسابها واكساب ولدها

و يكون ابنه) لانه بمنزلة المغرور لانه حين وطئها كان ملكه قائما ظاهرا وولد المغرور ثابت النسب منه حر بالقيمة على ماعرف لكنه وطئ أم ولد الغير حقيقة فيلزمه كمال العقر (وأيهما دفع العقر الى المكاتبة جاز) لان الكتابة مادامت باقية فحق القبض لها لاختصاصها بمنافعها وابدالها واذا عجزت ترد العقر الى المولى لظهور اختصاصه (وهذا) الذي ذكرنا (كله قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد هي أم ولد للاول ولا يجوز وطء الآخر) لانه لما ادعى الاول الولد صارت كلها أم ولد له لان أمومية الولد يجب تكميلها بالاجماع ما أمكن وقد أمكن بفسخ الكتابة لانها قابلة للفسخ فتفسخ فيما لا تتضرر به المكاتبة وتبقى الكتابة

الولد عند أبي حنيفة رحمه الله لان حكم ولد أم الولد حكم أمه ولا قيمة لام الولد عنده فكذا الابن وأجيب بان هذا على قولهما وأما على قوله فليس عليه ضمان قيمة الولد قال صاحب العناية بعد ذكر ذلك السؤال وهذا الجواب وليس بشئ (أقول) يعني أن هذا الجواب ليس بشئ لان ماذكره المصنف فيما سيأتي بقوله وهذا الذي ذكرناه كله قول أبي حنيفة ينافي هذا الجواب قطعا ثم قال صاحب العناية وقيل عن أبي حنيفة في تقوم أم الولد روايتان فيكون الولد متقوما على احداهما فكان حرا بالقيمة اه وقال بعض الفضلاء هذا مخالف لما أسلفه الشارح في باب البيع الفاسد من أن الروايتين في حق المدبر وأما في حق أم الولد فاتفقت الروايات عن أبي حنيفة أنه لا يضمن بالبيع والغصب لانه لا تقوم لماليتها اه (أقول) لا ضير في مخالفة ماذكر في هذا الجواب الثاني لما أسلفه صاحب العناية في باب البيع الفاسد فانه وان أسلفه هناك تبعا لصاحب النهاية الا أن المصنف صرح هناك بتحقق الرواية عن أبي حنيفة رحمه الله في تقوم أم الولد أيضا حيث قال وان ماتت أم الولد والمدبر في يد المشتري فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا عليه قيمتهما وهو رواية عنه اه والمجيب بهذا الجواب الثاني انما هو تاج الشريعة وصاحب الكفاية وهما لم يذكرا في باب البيع الفاسد عدم تحقق

الام والام غير متقومة فكذا الولد فلا تجب القيمة فكان حرا فلا يجب الضمان قلنا عن أبي حنيفة رحمه الله في كون أم الولد متقومة روايتان فهذا وقع على رواية التقوم فيكون الولد متقوما على هذه الرواية فيضمن بالقيمة (قوله لانه بمنزلة المغرور) لان الشريك وطئها على حسبان ان بضعها على حكم ملكه وظهر بالعجز بطلان الكتابة فتبين أنه لا ملك له فصار مغرورا (قوله وهذا الذي ذكرنا كله قول أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله هي أم ولد للاول) وحاصل الاختلاف راجع الى ان الاستيلاد في المكاتبة يتجزى عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما لا يتجزى وأجمعوا على أنه لا يتجزى في القنة ويتجزى في المدبرة لهما ان تكميل الاستيلاد واجب ما أمكن ولهذا يكمل في القنة وأمكن تكميله ههنا بفسخ الكتابة لان الكتابة اذا انفسخت تصير قنة واستيلاد القنة لا يتجزى ولابي حنيفة رحمه الله أنه لا وجه لتكميل الاستيلاد الا بتملك نصيب صاحبه والمكاتب لا يحتمل النقل من ملك الى ملك ولا وجه لفسخ الكتابة لان المكاتب قد رضي بحريته بجهة الكتابة ولا رضي بحريته آجلة بجهة الاستيلاد فاذا لم يتمحض الفسخ منفعة لا تنفسخ الكتابة ولهذا قلنا ان الاب اذا استولد مكاتبة ابنه لا يصح وان أمكن تصحيحه بفسخ الكتابة (قوله ولا يجوز وطء الآخر) أي لا يكون هذا الوطء وطأ يثبت النسب والا فعدم جواز الوطء بالاتفاق (قوله تنفسخ فيما لا يتضرر به المكاتب) لانه لا ضرر لها في كونها أم الولد بل لها فيه نفع حيث لم تبق محلا للابتذال بالبيع

(قوله و يكون الولد ابنه بالنظر الى الظاهر) أقول أي ماذكر من ضمان كمال العقر وقيمة الولد وكون الولد ابنه ثابت بالنظر الى الظاهر والحقيقة (قوله لان حكم ولد أم الولد حكم أمه) أقول سبق في هذه الكراسة ان الاوصاف القارة الشرعية في الامهات تسري الى الاولاد (قوله وقيل عن أبي حنيفة في تقوم أم الولد روايتان فيكون الولد متقوما على احداهما) أقول هذا مخالف لما أسلفه الشارح في باب البيع الفاسد من أن الروايتين في حق المدبر وأما في حق أم الولد فاتفقت الروايات عن أبي حنيفة أنه لا يضمن بالبيع والغصب لانه لا تقوم لماليتها

(قوله بخلاف التدبير) جواب عن قياس أبي حنيفة المتنازع فيه على المدبرة المشتركة ووجهه انا قد قلنا ان أمومية الولد تستكمل ما أمكن ولا امكان ههنا لان التدبير غير قابل للفسخ فاذا استولد الشريك الثاني بعد استيلاد الاول المدبرة المشتركة بينهما ما صح استيلاده (قوله وبخلاف بيع المكاتب) قيل هو جواب عما يقال هلا فسختم الكتابة في ضمن صحة البيع فيما اذا بيع المكاتب كما فسختموها في ضمن صحة الاستيلاد ووجهه ان في تجويز البيع ابطال الكتابة اذ المشتري لا يرضى ببقائه مكاتبا ولو أبطلناها تضرر به المكاتب وفسخ الكتابة فيما يتضرر به المكاتب لا يصح ويجوز أن يكون بيانا لقوله وتبقى الكتابة فيما وراءه فان البيع وراءه مالا يتضرر به وان كان المكاتب يتضرر به فتبقى الكتابة كما كانت (قوله واذا صارت كلها أم ولد له) متصل بقوله صارت كلها أم ولد له وتقريره أنه لما ادعى الاول صارت كلها أم ولد له واذا صارت كلها أم ولد له فالثاني وطئ أم ولد الغير فلا يثبت نسب الولد منه ولا يكون حرا عليه بالقيمة غير أنه لا يجب عليه الحد للشبهة وهي شبهة أنها مكاتبة بينهما بدليل ما ذكره أبو حنيفة أنها تبقى مكاتبة بينهما فيما تتضرر به بالاجماع على ما ذكرناه ولا حد على وطء مكاتبته ويلزمه جميع العقر لان الوطء لا يعرى عن احدى الغرامتين وقوله (واذا بقيت الكتابة) متصل بقوله وتبقى الكتابة فيما وراءه وتقريره وتبقى الكتابة فيما وراءه واذا بقيت الكتابة فصارت كلها مكاتبة له أي للاول قيل هو جزاء اذا بقيت يجب عليها نصف بدل الكتابة لان الكتابة قد انفسخت فيما لا تتضرر به المكاتبة ولا تتضرر بسقوط نصف البدل وهو نصيب الشريك الثاني وهو قول أبي منصور وقيل يجب كل البدل لان الكتابة لم تنفسخ الا في حق التملك ضرورة تكميل الاستيلاد والثابت بالضرورة لا يتعدى فلا يظهر في حق سقوط نصف البدل

فيما وراءه بخلاف التدبير لانه لا يقبل الفسخ وبخلاف بيع المكاتب لان في تجويزه ابطال الكتابة اذ المشتري لا يرضى ببقائه مكاتبا واذا صارت كلها أم ولد له فالثاني وطئ أم ولد الغير (فلا يثبت نسب الولد منه ولا يكون حرا عليه بالقيمة) غير أنه لا يجب الحد عليه للشبهة (ويلزمه جميع العقر) لان الوطء لا يعرى عن أحدى الغرامتين واذا بقيت الكتابة وصارت كلها مكاتبة له قيل يجب عليها نصف بدل الكتابة لان الكتابة انفسخت فيما لا تتضرر به المكاتبة ولا تتضرر بسقوط نصف البدل وقيل يجب كل البدل لان الكتابة لم تنفسخ الا في

الروايتين عن أبي حنيفة في حق أم الولد وأما صاحب العناية فليس بمجيب بهذا الجواب من عند نفسه بل هو ناقل محض فلا ينافي ما اختاره هنالك (قوله وبخلاف بيع المكاتب الخ) هذا جواب عما يقال هلا قلتم بفسخ الكتابة ضمنا لصحة البيع فيما اذا بيع المكاتب كما قلتم بفسخ الكتابة ضمنا لصحة الاستيلاد ووجه الجواب أن في تجويز البيع ابطال الكتابة اذ المشتري لا يرضى ببقائه مكاتبا ولو أبطلناها تضرر به المكاتب وفسخ الكتابة فيما يتضرر به المكاتب لا يصح هذا ما عليه جمهور الشراح في حل مراد المصنف بكلامه هذا عليه وقد ذكر هذا السؤال والجواب صراحة في الكافي بفان قيل قلنا ثم ان صاحب العناية بعد أن ذكر هذا المعنى لكلام المصنف هذا بقيل قال ويجوز أن يكون بيانا لقوله وتبقى الكتابة فيما وراءه فان البيع وراءه مالا يتضرر به فان المكاتب يتضرر به فتبقى الكتابة كما كانت انتهى (أقول) لا يخفى على من له ذوق صحيح ما فيه من الركاكة من جهة اللفظ ومن جهة المعنى فليتفكر وقال بعض الفضلاء قول المصنف هذا جواب عندي عن قياس أبي حنيفة نقل المكاتبة المفروضة من ملك الثاني الى ملك الاول على بيعها ووجهه أن في النقل لا تنفسخ الكتابة مطلقا كما فصل بخلاف البيع الى هنا كلامه (أقول) أنت خبير

والهبة وتبقى الكتابة فيما وراءه وهو كونها أحق باكسابها واكساب ولدها (قوله بخلاف التدبير) جواب ما قاس أبو حنيفة رحمه الله المكاتبة المشتركة بالمدبرة المشتركة أي الكتابة بخلاف التدبير من حيث ان الكتابة قابلة للفسخ والتدبير غير قابل للفسخ فكذلك اذا استولد الشريك الثاني بعد استيلاد الاول المدبرة المشتركة بينهما ما صح استيلاده لما قلنا ان أمومية الولد يجب تكميلها ما أمكن وههنا لا امكان لان التدبير لا يقبل الفسخ (قوله بخلاف بيع المكاتب) أي لا يفسخ الكتابة بضرورة تجويز البيع لان المكاتب يتضرر بفسخ الكتابة بدون رضاه في البيع وقد قلنا انه يفسخ فيما لا يتضرر المكاتب (قوله غير أنه لا يجب الحد) للشبهة وهي شبهة انها مكاتبة بينهما بالدليل الذي ذكره أبو حنيفة رحمه الله على انها تبقى مكاتبة بينهما (قوله لان الوطء لا يخلو عن احدى الغرامتين) أي اما الحد واما العقر (قوله وصار كلها مكاتبة له) أي للاول (قوله قيل يجب عليها نصف بدل الكتابة وهو اختيار الشيخ الامام الزاهدي أبي منصور الماتريدي رحمه الله لان الكتابة لما انفسخت في نصيب الثاني سقط نصف بدل الكتابة وقال عامة المشايخ رحمهم الله تبقى مكاتبة بجميع بدل الكتابة لان انفساخ الكتابة أمر ضروري فلا يظهر فيما عدا تملك الاول نصيب الثاني فبقي العقد الاول كما كان

قال المصنف (وبخلاف بيع المكاتب) أقول هذا جواب عندي عن قياس أبي حنيفة نقل المكاتبة المفروضة من ملك الثاني الى ملك الاول على بيعها ووجهه أن في النقل لا تنفسخ الكتابة مطلقا كما فصل بخلاف البيع (قوله أنها تبقى مكاتبة بينهما) أقول يخالف لقوله وهي مكاتبة له (قوله قيل هو جزاء اذا بقيت) أقول قوله هو راجع الى قوله قيل

وقوله (وفى ابقائه) يجوز أن يكون جوابا عما يقال الكتابة تنفسخ فيما لا تتضرر به المكاتبة وهى لا تتضرر بسقوط نصف البدل فيجب أن تنفسخ ووجهه أن فى ابقاء عقد الكتابة فى حق نصف البدل نظرا للمولى وان كانت لا تتضرر المكاتبة بسقوطه فرجحنا جانب المولى لان الاصل فى الكتابة عدم الفسخ (والمكاتبة هى التى تعطى العقر لاختصاصها بابدال منافعها ولو عجزت وردت فى الرق ترد الى المولى لظهور اختصاصه على مابينا) فى تعليل قول أبى حنيفة قال (ويضمن الاول لشريكه فى قياس قول أبى يوسف الخ) اذا كاتب الرجلان عبدا مشتركا بينهما كتابة واحدة ثم أعتق أحدهما نصيبه يضمن المعتق لشريكه نصف قيمته مكاتبا عند أبى يوسف موسرا كان أو معسرا لانه ضمان التملك وهو لا يختلف باليسار والاعسار وعند محمد يضمن الاقل من نصف قيمته مكاتبا ومن نصف مابقى من بدل الكتابة لان حق شريكه فى نصف الرقبة على اعتبار العجز وفى نصف البدل على اعتبار الاداء فللتردد بينهما يجب أقلهما لانه متيقن قال صدر الاسلام ولانه لو بقى من البدل درهم يكون حصته نصف درهم وقد تملكها أحدهما بالاستيلاد فيستحيل أن يجب عليه نصف القيمة وهو خمسمائة اذا كان قيمتها ألف درهم وقد وصل اليه جميع بدل نصيبه من هذه الرقبة الا نصف درهم فلهذا أوجبنا الاقل هذا قولهما فى المكاتب المشترك اذا أعتق أحدهما نصيبه وعلى هذا القياس قولهما فيما نحن فيه فعلى قياس قول أبى يوسف يضمن الاول لشريكه نصف قيمتها مكاتبة وعلى قياس قول محمد يضمن الاقل من نصف قيمتها مكاتبة ومن نصف مابقى من البدل والوجه قد ذكرناه (واذا كان الثانى لم يطأها

حق التملك ضرورة فلا يظهر فى حق سقوط نصف البدل وفى ابقائه فى حقه نظر للمولى وان كان لا تتضرر المكاتبة بسقوطه والمكاتبة هى التى تعطى العقر لاختصاصها بابدال منافعها ولو عجزت وردت فى الرق ترد الى المولى لظهور اختصاصه على مابينا قال (ويضمن الاول لشريكه فى قياس قول أبى يوسف رحمه الله نصف قيمتها مكاتبة) لانه تملك نصيب شريكه وهى مكاتبة فيضمنه موسرا كان أو معسرا لانه ضمان التملك (وفى قول محمد يضمن الاقل من نصف قيمتها ومن نصف مابقى من بدل الكتابة) لان حق شريكه فى نصف الرقبة على اعتبار العجز وفى نصف البدل على اعتبار الاداء فللتردد بينهما يجب أقلهما قال (واذا كان الثانى لم يطأها

بان القياس الذى ذكره لم يقع من أبى حنيفة قط فكيف يكون هذا جوابا عن ذلك (قوله ويضمن الاول لشريكه فى قياس قول أبى يوسف نصف قيمتها مكاتبة الى قوله فللتردد بينهما يجب أقلهما) قال صاحب العناية فى شرح هذا المقام اذا كاتب الرجلان عبدا مشتركا بينهما كتابة واحدة ثم أعتق أحدهما نصيبه يضمن المعتق لشريكه نصف قيمته مكاتبا عند أبى يوسف موسرا كان أو معسرا لانه ضمان التملك وهو لا يختلف باليسار والاعسار وعند محمد يضمن الاقل من نصف قيمته مكاتبا ومن نصف مابقى من بدل الكتابة لان حق شريكه فى نصف الرقبة على اعتبار العجز وفى نصف البدل على اعتبار الاداء فللتردد بينهما يجب أقلهما لانه متيقن قال صدر الاسلام ولانه لو بقى من البدل درهم يكون حصته نصف درهم وقد تملكها أحدهما بالاستيلاد فيستحيل أن يجب عليه نصف القيمة وهو خمسمائة اذا كانت قيمتها ألف درهم وقد وصل اليه جميع بدل نصيبه من هذه الرقبة الا نصف درهم فلهذا أوجبنا الاقل هذا قولهما فى المكاتب المشترك اذا أعتق أحدهما نصيبه وعلى هذا القياس قولهما فيما نحن فيه فعلى قياس قول أبى يوسف يضمن الاول لشريكه نصف قيمتها مكاتبة وعلى قياس قول محمد يضمن الاول الاقل من نصف قيمتها مكاتبة ومن نصف مابقى من البدل والوجه قد ذكرناه الى هنا كلام صاحب العناية (أقول) هذا شرح فاسد وتحرير مختل أما أولا فلان قوله اذا كاتب الرجلان عبدا مشتركا بينهما كتابة واحدة ثم أعتق أحدهما نصيبه يضمن المعتق لشريكه نصف قيمته مكاتبا عند أبى يوسف موسرا كان أو معسرا خبط فاحش اذ قد صرح فى

(قوله وفى ابقائه فى حقه) أى فى ابقاء عقد الكتابة فى حق نصف بدل الكتابة نظر للمولى أى المستولد الاول وهو حصول بدل الكتابة له (قوله على مابينا) أى فى بيان قول أبى حنيفة رحمه الله (قوله ويضمن الاول لشريكه) فى قياس قول أبى يوسف رحمه الله نصف قيمتها مكاتبة) وهو قول أبى يوسف رحمه الله فى مكاتب بين الشريكين أعتقه أحدهما فانه يجب عليه عند أبى يوسف رحمه الله نصف قيمته مكاتبا فقياس قوله فيما نحن فيه أن يضمن نصف قيمتها مكاتبة أيضا وقيمة المكاتب نصف قيمته قنا (قوله لانه ضمان التملك) لظهور آثار الملك فيه من حل الوطء والاستخدام ونحوها فاما اذا أعتقه أحدهما أولا كان هذا ضمان افساد الملك لانه لم يظهر أثر من آثار الملك عندهما والولاء ليس من آثار التضمين فان الولاء عندهما للمعتق على تقدير التضمين وعدمه فلم يكن ضمان الاعتاق ضمان التملك وفى قول محمد رحمه الله يضمن الاقل من نصف قيمتها مكاتبة ومن نصف مابقى من بدل الكتابة لان حق شريكه فى نصف الرقبة على اعتبار العجز وفى نصف البدل على اعتبار الاداء فللتردد بينهما يجب أقلهما لانه متيقن ولانه لو بقى من البدل درهم يكون

(قوله على مابينا) أقول يعنى فى شرح قوله ويبقى فيما وراء . (قوله فى تعليل قول أبى حنيفة) أقول فيه بحث والاولى أن يقال فى تعليل القولين

ولكن دبرها ثم عجزت بطل التدبير) لانه لم يصادف الملك أما عندهما فظاهر لان المستولد تملكها قبل العجز وأما عند أبي حنيفة رحمه الله فلانه بالعجز تبين أنه تملك نصيبه من وقت الوطء فتبين أنه مصادف ملك غيره والتدبير يعتمد الملك بخلاف النسب لانه يعتمد الغرور على مامر قال (وهى أم ولد للاول) لانه تملك نصيب شريكه وكمل الاستيلاد على ما بينا (ويضمن لشريكه نصف عقرها) لوطئه جارية مشتركة (ونصف قيمتها) لانه تملك نصفها بالاستيلاد وهو تملك بالقيمة (والولد ولد الاول) لانه صحت دعوته لقيام المصحح وهذا قولهم جميعا

عامة المعتبرات حتى الهداية نفسها فيما سيأتى بعد نصف صفحة بان قول أبي يوسف فى تلك المسئلة أن يضمن الساكت المعتق قيمة نصيبه مكاتبا ان كان موسرا ويستسعى العبد ان كان معسرا بناء على أنه ضمان اعتاق فيختلف باليسار والاعسار ومن العجائب قول صاحب العناية فى الاستدلال على قول أبي يوسف فى تلك المسئلة لانه ضمان التملك وهو لا يختلف باليسار والاعسار لا يشتبه على أحد أن ضمان الاعتاق ضمان افساد الملك لا ضمان التملك أولم ير قول صاحب الكفاية بصدد شرح قول المصنف هنا لانه ضمان تملك فاما اذا أعتقها أحدهما أولا كان هذا ضمان افساد الملك وأما ثانيا فلان قوله هذا قولهما فى المكاتب المشترك اذا أعتق أحدهما نصيبه يدل على أن ماذكره فيما قبل بأسره كان فى حق المكاتب المشترك اذا أعتق أحدهما نصيبه مع أن ما نقله عن صدر الاسلام فيما قبل صريح فى أنه فى حق المكاتبة المشتركة اذا تملكها أحدهما بالاستيلاد وأما ثالثا فلانه صرف القياس فى كلام المصنف هذا الى قول أبي يوسف ومحمد معا حيث قال وعلى هذا القياس قولهما فيما نحن فيه فعلى قياس قول أبي يوسف يضمن الاول لشريكه نصف قيمتها مكاتبة وعلى قياس قول محمد يضمن الاقل من نصف قيمتها مكاتبة ومن نصف ما بقى من البدل انتهى مع أن كلام المصنف فى المقيس عليه وهو مسئلة الاعتاق على ما سيأتى صريح فى أن محمدا مع أبي يوسف هنالك فى أن يضمن الساكت المعتق قيمة نصيبه مكاتبا اذا كان موسرا دون الاقل منها ومن نصف ما بقى من البدل فكيف يتم القياس على قول محمد رحمه الله نعم يجوز أن يكون عن محمد روايتان فى مسئلة اعتاق احد الشريكين المكاتب المشترك بينهما احداهما ماذكره المصنف فيما سيأتى والاخرى ما يوافقه قياس ماذكره فى مسئلة الاستيلاد ويدل عليه ماذكر فى بعض الكتب المعتبرة كالكافى والبدائع فان المذكور فيهما فى مسئلة الاعتاق على قول محمد هو الرواية الاخرى وهى ضمان الاقل من نصف القيمة ومن نصف ما بقى من بدل الكتابة لكن كلامنا فى عدم مساعدة كلام المصنف نفسه لصرف القياس الذى أقحمه فى لفظ الجامع الصغير ههنا الى قولهما معا ثم أقول الوجه عندى أن يكون مراد المصنف ههنا أن قول أبي يوسف فيما نحن فيه من مسئلة الاستيلاد على قياس قوله فى مسئلة الاعتاق وأما قول محمد فيه فعلى خلاف قوله فى تلك المسئلة يرشدك الى هذا المعنى قطعا أسلوب تحرير المصنف حيث قال فى قياس قول أبي يوسف وفى قول محمد بزيادة لفظ قياس فى الاول وحذفه فى الثانى تدبر ترشد (قوله وهذا قولهم جميعا) لان الاختلاف مع بقاء الكتابة وههنا ما بقيت لانه لما استولدها الاول ملك نصف شريكه ولم يبق ملك للمدبر فيها فلا يصح تدبيره كذا فى العناية وغيرها قال بعض الفضلاء فيه

حصته نصف درهم وقد علكها أحدهما باستيلاد فقيل ان يجب عليه نصف القيمة وهو خمسمائة درهم فلهذا أوجبنا الاقل (قوله والتدبير يعتمد الملك بخلاف النسب) والفرق ان الثابت قبل العجز هو الملك بطريق الظاهر وذلك يكفى اثبات النسب دون التدبير الا يرى انه لو اشترى أمة ودبرها ثم استحقت يبطل التدبير ولو استولدها ثم استحقت لم يبطل النسب وكان الولد حرا بالقيمة كذا ههنا (قوله على ما بينا) اشارة الى ماذكر فى قول أبي حنيفة رحمه الله ثم اذا عجزت بعد ذلك جعلت الكتابة كان لم تكن وبين ان الجارية كلها أم ولد للاول لانه زال المانع من الانتقال (قوله لقيام المصحح) وهو الملك فى المكاتبة لان استيلاده كان عند قيام الكتابة ويصح استيلاد المكاتبة بالاجماع (قوله وهذا قولهم جميعا) ووجهه ما بينا اشاره الى قوله أما عندهما

ولكن دبرها ثم عجزت بطل التدبير لعدم مصادفته الملك أما عندهما فظاهر لان المستولد تملكها قبل العجز وأما عنده فلانه بالعجز تبين أنه تملك نصيبه من وقت الوطء فتبين انه) أى التدبير (مصادف ملك غيره والتدبير يعتمد الملك فلا يصح بدونه (بخلاف النسب فانه يثبت من الثانى ان وجد الوطء منه (لانه يعتمد الغرور) لا الملك (وهى أم ولد للاول لانه تملك نصيب شريكه وكمل الاستيلاد على ما بينا) يعنى فى تعليل قول أبي حنيفة وهو قوله وتبين أن الجارية كلها أم ولد للاول لانه زال المانع من الانتقال (ويضمن لشريكه نصف عقرها لوطئه جارية مشتركة ونصف قيمتها لانه تملك نصفها بالاستيلاد وهو تملك بالقيمة والولد ولد الاول لانه صحت دعوته لقيام المصحح) وهو الملك فى المكاتبة (وهذا قولهم جميعا)

(قوله وهذا قولهم جميعا

لان الاختــلاف مع بقاء الكتابة وههنا مابقيت لانه لما استولدها الاول ملك نصف شريكه ولم يبق ملك للمدبر فيها فلا يصح تدبيره وقد ذكرنا أيضامن قوله (ووجهــه مابينا) أى فى تعليل القولين أما طرف أبى حنيفة فقد ذكرنا آنفا من قوله وتبين ان الجارية الخ وأما طرفهــما فهو قوله لانه لما ادعى الاول صارت كلها أم ولده الخ (وان كانا كاتباها ثم أعتقها أحدهما وهو موسر ثم عجزت يضمن المعتق لشريكه نصف قيمتها و يرجــع بذلك عليها عند أبى حنيفة وقالا لا يرجــع عليها لانها لما عجزت وردت فى الرق صارت كأنها لم تزل قنة والجواب فيه) أى فى اعتاق أحد الشريكين القن (على هذا الخلاف فى الرجوع) فان عنــد أبى حنيفة اذا ضمن الساكت المعتق فالمعتق يرجــع على العبد وعندهما لا يرجــع عليــه (وفى الخيارات) عند أبى حنيفة الساكت مخير بين الخيارات الثلاث ان شاء أعتق وان شاء استسعى العبد وان شاء ضمن شريكه قيمــة نصيبه وعندهما ليس له الا الضمان مع اليسار والســعاية مع الاعسار (وغيرها) يعنى الولاء وترديد الاستسعاء فان عند أبى حنيفة ان أعتق الساكت أو استسعى فالولاء بينهــما وان ضمن المعتق فالولاء للمعتق وعندهــما للمعتق فى الوجهــين جميعا وأما ترديد الاستسعاء فانهما لا يريان الاستسعاء مع اليسار ويقولان ان كان المعتــق موسرا يضمــن نصــيب الساكت وان كان معسرا سعى العبد لنصيب الساكت وأبو حنيفة رضى الله عنــه يراه (كما هو مسئلة تجزؤ الاعتاق كما تقرر فى العتاق) هذا اذا عجز (فاما قبل العجز فليس له أن يضمن المعتــق عنــد أبى حنيفة) خلافا لهما وهو واضح ومبناه أيضا على تجزؤ الاعتاق وذلك (لان الاعتاق لما تجزأ عنــده لم يظهر افساده نصيب الساكت مالم يعجز فان أثره حينئذ أن يجعــل نصيب الساكت كالمكاتب) وهو حاصل وانما يظهر ذلك اذا عجزت كما وجــد ذلك فى القنة فيوجب الضمان (وعندهــما لما لم يتجزأ أعتق الكل فــله أن) لان الاختــلاف مع بقاء الكتابة) أقول فيــه أنه ينبغى أن يملكها عنــد محمـــد بالاقل من نصف القيمة ونصف بدل الكتابة فليتأمل

ووجهه مابينا قال (وان كانا كاتباها ثم أعتقها أحدهــما وهو موسر ثم عجزت يضمن المعتق لشريكه نصف قيمتها و يرجــع بذلك عليها عنــد أبى حنيفة وقالا لا يرجــع عليها) لانها لما عجزت وردت فى الرق تصــير كأنها لم تزل قنــة والجواب فيــه على الخلاف فى الرجوع وفى الخيارات وغيرها كما هو مســئلة تجزؤ الاعتاق وقد قررناه فى الاعتــاق فاما قبل العجز ليس له أن يضمن المعتق عند أبى حنيفة لان الاعتاق لمــا كان يتجزأ عنده كان أثره أن يجعل نصيب غير المعتق كالمكاتب فلا يتغير به نصيب صاحبه لانها مكاتبة قبل ذلك وعندهــما لمــا كان لا يتجزأ يعتق الــكل فله أن يضمنه قيمة نصيبه مكاتبا ان كان موسرا و يستسعى العبد ان كان معسرا لانه ضمــان اعتاق فيختلف باليسار والاعسار

أنه ينبغى أن يملكها عند محمد بالاقل من نصف القيمة ونصف بدل الكتابة فليتأمل انتهى (أقول) يمكن الفرق بان وجه قول محمد بالاقل من نصف القيمة ونصف بدل الكتابة فيمــا اذا بقيت الكتابة وهو أن حق شريكه فى نصف الرقبة على اعتبار العجز وفى نصف البدل على اعتبار الاداء فللتردد بينهما يجب أقلهما وهــذا الوجه غير متمش فيمــا اذا لم تبق الكتابة لان كون حق شريكه فى نصف البدل على اعتبار الاداء انمــا يتصور عند بقاء الكتابة وأما بعد زوالها فيصير ما أدته الى شريكه بمنزلة العدم كما هو فى الحــال فى كل مكاتب عجز عن أداء تمــام

فظاهر وأما عند أبى حنيفة رحمه الله فلانه بالعجز تبين أنه يملك نصيبه من وقت الوطء (قوله والجواب فيه) أى فى اعتاق أحــد الشريكين القن المشترك على الخلاف فى الرجوع فان عنــد أبى حنيفة رحمه الله اذا ضمن الساكت المعتق فالمعتق يرجــع على العبد وعندهما لا يرجــع المعتق على العبد وفى الخيارات فان عند أبى حنيفة رحمه الله الشريك الساكت بين الخيارات الثلاث ان شاء أعتق وان شاء استسعى العبد وان شاء ضمن شريكه قيمة نصيبه وعندهــما ليس له الا الضمان مع اليسار والسعاية مع الاعسار وغيرها وهو الولاء فان عند أبى حنيفة رحمــه الله ان شاء أعتق الساكت أو استسعى فالولاء بينهــما وان ضمن المعتق فالولاء للمعتق وعندهــما الولاء للمعتق فى الوجهين جميعا (قوله كما هو مسئلة تجزى الاعتاق) يعنى كأن مسئلة تجزى الاعتاق على الخلاف فكذلك الرجوع والخيارات والولاء على الخلاف أيضا فكان فيه اشارة الى ان الخلاف فى هذه الاشــياء الثلاثة بناء على مسئلة تجزى الاعتاق وعدمه (قوله وعنــدهما لما كان لا يتجزى يعتق الكل فله ان يضمنه قيمة نصيبه مكاتبا) ولم يذكر الخلاف فى هذه المسئلة بين أبى يوسف ومحمد رحمهــما الله كما ذكر الخلاف فى المســئلة المتقدمة فى رواية الجامع وفى الزيادات لم يذكر الخلاف أصــلا فتكون هذه المسئلة المتأخرة على تلك الرواية و يحتمل ان يكون قول محمد رحمــه الله فى تلك المســئلة خاصة و يفرق بينهما و وجه الفرق ان الاعتاق عندهما لا يقبل الوصــف بالتجزى فيثبت العتق فى الكل والعتق ينافى الكتابة ابتــداء و بقاء بخــلاف الاستيلاد لانه لا ينافى الكتابة ابتــداء فلا ينافيها بقاء بالطريق الاولى كذا فى الفوائد الظهيرية

(قوله لان الاختــلاف) أقول يعنى بين أبى حنيفة وصاحبيه (قوله وغيرها الخ) أقول معطوف على قوله وفى الخيارات وقوله وفى الخيارات معطوف على قوله فى الرجوع (قوله يعــنى الولاء وترديد الاستسعاء) أقول فيه أن ترديد الاستسعاء غير خارج عن الخيارات الثلاث كترديد العتق

يضمن قيمة نصيبه مكاتبا ان كان موسرا ويستسعى العبد ان كان معسرا لانه ضمان اعتاق فيختلف باليسار والاعسار قال (واذا كان العبد بين رجلين دبره أحدهما الخ) واذا كان العبد بين رجلين دبره أحدهما ثم أعتقه الآخر وهو موسر فان المدبر مخير بين تضمين المعتق نصف قيمة المدبر وبين استسعاء العبد واعتاقه وان كانت المسئلة بالعكس من ذلك وهو ان أعتقه أحدهما ثم دبره الآخر لم يضمن المعتق ولكن يستسعى أو يعتق وهذا عند أبي حنيفة ووجهه ان التدبير يتجزأ عنده فتدبير أحدهما يقتصر على نصيبه لكنه يفسد به نصيب الآخر لسد باب النقل عليه فله أن يضمن قيمة نصيبه وله الاعتاق والاستسعاء فاذا أعتق الآخر لم يبق له خيار التضمين والاستسعاء ويقتصر الاعتاق على نصيبه لانه يتجزأ عنده ولكن يفسد به نصيب شريكه لسد باب الاستخدام عليه فله تضمين نصيبه والاعتاق والسعاية أيضا كما هو مذهبه فان ضمنه ضمن قيمة نصيبه مدبرا لان الاعتاق صادف المدبر واختلفوا في قيمته فقيل قيمة تعرف بتقويم المقومين وقيل قيمته ثلثا قيمة القن لان المنافع أنواع ثلاثة البيع وما أشبهه في كونه خروجا عن الملك كالهبة والصدقة والارث والوصية والاستخدام وأمثاله في كونه انتفاعا بالمنافع كالاجارة والعارية والوطء والاعتاق وتوابعه كالكتابة والاستيلاد والتدبير والاعتاق على مال والفائت من ذلك النوع الاول فيسقط الثلث واذا ضمنه لا يتملك شيأ بالضمان لانه لا يقبل الانتقال من ملك الى ملك كما اذا غصب مدبرا وأبق فانه يضمنه ولا يتملكه فكان ضمان حيلولة بين المالك والمملوك لا ضمان تملك وان أعتقه أولا يعني المسئلة الثانية كان للآخر الخيارات الثلاث عند خيار التضمين والاعتاق والسعاية لان المعتق اقتصر على نصيبه وأفسد نصيب شريكه كما مر فاذا دبره لم يبق له خيار التضمين لانه بمباشرة التدبير يصير مبرئا المعتق عن الضمان لمعنى وهو ان نصيبه كان قنا عند اعتاق المعتق فكان تضمينه اياه متعلقا بشرط تمليك العين بالضمان وقد فوت ذلك بالتدبير بخلاف الاول فهناك كان نصيبه مدبرا عند ذلك فلا يكون التضمين مشروطا بتمليك العين منه والحاصل ان الضمان يتعلق بالتمليك اذا كان المحل وقت الاعتاق قابلا للتمليك كما اذا أعتق أولا أو غصب القن فمات وبقي

قال (واذا كان العبد بين رجلين دبره أحدهما ثم أعتقه الآخر وهو موسر فان شاء الذي دبره ضمن المعتق نصف قيمته مدبرا وان شاء استسعى العبد وان شاء أعتق وان أعتقه أحدهما ثم دبره الآخر لم يكن له أن يضمن المعتق ويستسعى أو يعتق وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله) ووجهه أن التدبير يتجزأ عنده فتدبير أحدهما يقتصر على نصيبه لكن يفسد به نصيب الآخر فيثبت له خيرة الاعتاق والتضمين والاستسعاء كما هو مذهبه فاذا أعتق لم يبق له خيار التضمين والاستسعاء واعتاقه يقتصر على نصيبه لانه يتجزأ عنده ولكن يفسد به نصيب شريكه فله أن يضمنه قيمة نصيبه وله خيار العتق والاستسعاء أيضا كما هو مذهبه ويضمنه قيمة نصيبه مدبرا لان الاعتاق صادف المدبر ثم قيل قيمة المدبر تعرف بتقويم المقومين وقيل يجب ثلثا قيمته وهو قن لان المنافع أنواع ثلاثة البيع وأشباهه والاستخدام وأمثاله والاعتاق وتوابعه والفائت البيع فيسقط الثلث واذا ضمنه لا يتملكه بالضمان لانه لا يقبل الانتقال من ملك الى ملك كما اذا غصب مدبرا فأبق وان أعتقه أحدهما أولا كان للآخر الخيارات الثلاث عنده فاذا دبره لم يبق له خيار التضمين

البدل فانفسخت الكتابة فحينئذ يتعين حق شريكه في نصف الرقبة فيضمن نصف قيمتها بالاتفاق فليتأمل انتهى

(قوله لانه ضمان اعتاق فيختلف باليسار والاعسار) والقياس ان لا يختلف باليسار والاعسار لانه ضمان اتلاف الا أنا استحسنا وقلنا ان المعتق باشر السبب أي لما أعتق المعتق نصيبه صار اعتاق نصيبه سببا لاتلاف نصيب صاحبه دون العلة فيكون هذا ضمان السبب وهو مبني على صفة التعدي ففيما اذا كان المعتق موسرا لا بد من الضمان لانه يتمكن من احراز الثواب بواسطة اعتاق عبد آخر فاذا أعتق المشترك يكون متعديا وفيما اذا كان معسرا ليس له لاحراز ثواب العتق طريق آخر سوى هذا فلم يكن متعديا (قوله ولكن يفسد به نصيب شريكه) أي باعتاق المعتق نصيبه يفسد نصيب المدبر لانه كان قبل اعتاقه يملك الاستخدام والاستقلال وكان لا يجبر على الاخراج الى المعتق فبعد اعتاق المعتق يكون المدبر مجبورا على الاخراج الى المعتق ويكون بمنزلة المكاتب ويكون مختصا بأكسابه (قوله البيع وأشباهه) وهي الهبة والصدقة والارث والوصية (قوله والاستخدام وأمثاله) وهي الاعارة والاجارة والوطء (قوله والاعتاق وتوابعه) وهي الكتابة والاستيلاد والتدبير والاعتاق على مال (قوله واذا ضمنه لا يتملكه بالضمان) لان هذا ضمان حيلولة بين المالك والمملوك لا ضمان تملك فانه بالاعتاق أزال يد الاستخدام وغيره للمولى فصار بمنزلة الغاصب (قوله كما اذا غصب مدبرا وأبق) أي حتى ضمن الغاصب القيمة لا يملك الغاصب فاذا وجده الغاصب فله ان يستسعيه (قوله فاذا دبره لم يبق له خيار التضمين) فان قيل بالتدبير انتقص قيمته فوجب ان يضمنه ما بقي

أو أبق وأما اذا لم يكن المحل قابلا له وقت الاعتاق كما اذا تقدم التدبير فالضمان يتعلق بمجرد الحيلولة بين المالك والمملوك لا بالتمليك فاذا عترض قال المصنف (واذا كان العبد بين رجلين) أقول ليست المسئلة من كتابة العبد المشترك وانما ذكرها استطرادا (قوله فاذا دبره الى قوله وهو أن نصيبه كان قنا) أقول الضمير في قوله نصيبه والضمير المستتر في قوله دبر راجعان الى قوله للآخر في قوله لكان للآخر الخيارات الثلاث

و بقي خيار الاعتاق والاستسعاء لان المدبر يعتق و يستسعى (وقال أبو يوسف ومحمد اذا دبره أحدهما فعتق الآخر باطل) لانه لا يتجزأ عندهما فيتملك نصيب صاحبه بالتدبير (ويضمن نصف قيمته موسرا كان أو معسرا) لانه ضمان تملك فلا يختلف باليسار والاعسار ويضمن نصف قيمته قنا لانه صادفه التدبير وهو قن (وان أعتقه أحدهما فتدبير الآخر باطل) لان الاعتاق لا يتجزأ فعتق كله فلم يصادف التدبير الملك وهو يعتمده (ويضمن نصف قيمته ان كان موسرا) ويسعى العبد في ذلك ان كان معسرا لان هذا ضمان الاعتاق فيختلف ذلك باليسار والاعسار عندهما والله أعلم

(باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى)

قال (واذا عجز المكاتب عن نجم نظر الحاكم في حاله فان كان له دين يقبضه أو مال يقدم عليه لم يعجل بتعجيزه وانتظر عليه اليومين أو الثلاثة) نظرا للجانبين والثلاث هي المدة التي ضربت لابلاء الاعذار كامهال الخصم للدفع والمديون للقضاء فلا يزاد عليه (فان لم يكن له وجه وطلب المولى تعجيزه عجزه وفسخ الكتابة وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا يعجزه حتى يتوالى عليه نجمان) لقول علي رضي الله عنه اذا توالى على المكاتب نجمان رد في الرق علقه بهذا الشرط

(باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى)

تأخير باب أحكام هذه الاشياء ظاهر التناسب لان هذه الاشياء متأخرة عن عقد الكتابة فكذا بيان أحكامها (قوله والثلاث هي المدة التي ضربت لابلاء الاعذار كامهال الخصم للدفع والمديون للقضاء) قال صاحب

من قيمته ناقصا فصار كما اذا سبق التدبير الاعتاق قلنا الاعتاق انما انعقد سببا للضمان لان نصيب صاحبه حينئذ كان قابلا للنقل من ملك الى ملك وباعتراض التدبير تعذر بقاء سببية الضمان على هذا الوجه فيبطل السببية أصلا ألا يرى أنه لو غصب مدبرا ثم أبق يضمنه ولو غصب قنا فدبره المولى ثم أبق لا يضمن لتعذر بقاء السببية على هذا الوجه الذي انعقدت باعتراض التدبير بخلاف ما اذا سبق التدبير الاعتاق لان نصيب صاحبه وقت الاعتاق لم يكن قابلا للنقل فامكن القول ببقاء السببية على الوجه الذي انعقدت

(باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى)

(قوله واذا عجز المكاتب عن نجم) النجم هو الطالع ثم سمي به الوقت ومنه قول الشافعي أقل التأجيل نجمان أي شهران ثم سمي به ما يؤدى فيه من الوظيفة ومنه حديث عمر رضي الله عنه أنه حط عن مكاتب له أول نجم حل عليه أي أول وظيفة من وظائف بدل الكتابة ثم اشتقوا منه فقالوا انجم الدية تنجيما ومنه قوله التنجيم ليس بشرط ودين منجم جعل نجوما وأصل هذا نجوم الانواء لانهم كانوا يعرفون الحساب وانما يحفظونه من أوقات السنة بالانواء (قوله كامهال الخصم للدفع) أي اذا توجه عليه الحكم وادعى الدفع ببينة حاضرة فانه يمهل ثلاثة أيام (قوله والمديون للقضاء) فانه اذا أقر بدين وسأل ان يمهله ثلاثة أيام ليحضر المال أو ليبيع عينا في يده اجابه الى ذلك ولم يكن بذلك ممتنعا عن أدائه ولم يحبسه به (قوله لقول علي رضي الله عنه اذا توالى

ضمان الحيلولة على ما تعلق بالتمليك سقط الضمان لفوات شرطه فصار بفوت الشرط بتفويته مبرئا للصاحبه عما لزمه وبقي له خيار الاعتاق والاستسعاء لان المدبر يعتق و يستسعى وقال أبو يوسف ومحمد اذا دبره أحدهما فعتق الآخر باطل لانه لا يتجزأ عندهما فيتملك نصيب صاحبه بالتدبير ويضمن نصف قيمته موسرا كان أو معسرا لانه ضمان تملك فلا يختلف باليسار والاعسار ويضمن نصف قيمته قنا لان تدبيره صادفه وهو قن وان أعتقه أحدهما فتدبير الآخر باطل لان الاعتاق لا يتجزأ عندهما فيعتق كله وكلامه فيه ظاهر *(باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى)* تأخير باب أحكام هذه الاشياء ظاهر التناسب لان هذه الاشياء متأخرة عن عقد الكتابة قال (واذا عجز المكاتب عن نجم) النجم هو الطالع ثم سمي به الوقت المضروب ثم سمي به ما يؤدى فيه من الوظيفة وان عجز المكاتب عن نجم (نظر الحاكم في حاله فان كان له دين يقبضه أو مال غائب يقدم عليه لم يعجل بتعجيزه وانتظر عليه اليومين والثلاثة) نظرا للجانبين والثلاث هي المدة التي ضربت لابلاء الاعذار كامهال الخصم للدفع) فان المدعى عليه اذا توجه الحكم عليه فادعى الدفع وقال لي بينة حاضرة أنه يؤخر يوما ويومين وثلاثة لا يزاد عليه وجعلوا هذا التقدير من باب التعجيل دون التأخير والاصل فيه قصة موسى مع الخضر عليهما السلام حيث قال في الكرة الثالثة هذا فراق بيني وبينك وكذلك قدر صاحب الشرع مدة الخيار ثلاثة أيام (والمديون) بالجر معطوف على كامهال يعني اذا ثبت على رجل مال فقال المدعى عليه أمهلني يوما أو ثلاثة أيام فانه يمهل ولا يزاد عليه (فان لم يكن له وجه وطلب المولى تعجيزه عجزه وفسخ الكتابة عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا يعجزه حتى يتوالى عليه نجمان لقول علي رضي الله عنه اذا توالى على المكاتب نجمان رد في الرق علقه بهذا الشرط) فلا يوجد دونه ولقائل أن يقول هذا استدلال بمفهوم الشرط وهو ليس بناهض لانه يفيد الوجود فقط والجواب ما أشار اليه فخر الاسلام انه معلق بشرطين والمعلق بشرطين لا ينزل عند أحدهما كما لو قال

(باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى) (قوله والمديون بالجر عطف على قوله كامهال) أقول فيه مسامحة لظهور انه معطوف على الخصم (قوله يعني اذا ثبت) أقول يعني باقرار المدعى عليه (قوله وقال أبو يوسف لا يعجزه الخ) أقول سواء كان له وجه أم لا على ما يفهم من دليله

ان خلت هذين الدارين فأنت طالق (ولان عقد الكتابة عقد ارفاق) مبناه على المسامحة (حتى كان أحسنه مؤجله وحالة الوجوب بعد حلول نجم) فلا ارفاق فى الطلب عنده (فلابد من امهال مدة ارفاقا وأولى المدة لذلك ماتوافق عليه العاقدان) فان مضى النجم الثانى ولم يؤد المال تحقق العجز عن أدائها فيفسخ لوجود مدة التأجيل التى اتفق عليها العاقدان (ولهما ان سبب الفسخ) وهو العجز (قد تحقق لان من عجز عن أداء نجم واحد كان عن أداء نجمين أعجز

وهذا) أى كون العجز سبب الفسخ (لان مقصود المولى الوصول الى المال عند حلول نجم وقد فات فيفسخ اذا لم يكن راضيا بدونه) والضمير فى يفسخ يجوز أن يكون للمولى أى فيفسخ المولى الكتابة اذا لم يكن راضيا وأن يكون للقاضى أى فيفسخ القاضى اذا لم يكن المولى راضيا بدون ذلك النجم على اختلاف الروايتين فان المكاتب اذا عجز عن أداء بدل الكتابة ولم يرض بالفسخ فهل يستبد المولى به أو يحتاج الى قضاء القاضى فيه روايتان (بخلاف اليومين الثلاثة لانه لابد منها لامكان الاداء فلم يكن تأخيرا) (قوله والآثار متعارضة) جواب عن استدلاله بأثر على رضى الله عنه وبيان ذلك انه روى عن ابن عمر ان مكاتبة له عجزت عن نجم فردها فسقط الاحتجاج بها لان الآثار اذا تعارضت وجهل التاريخ تساقطت وصار الى مابعدها من الحجة فيبقى ماقالاه من الدليل بان سبب الفسخ قد تحقق الخ سالما عن المعارض لان دليل أبى يوسف حكاية لا تعارض المعقول فيثبت الفسخ به قال (فان أخل بنجم عند غير السلطان) يراد بالاخلال ههنا ترك أداء وظيفة بدل الكتابة فى الوقت الذى اتفقا على تعيينه فى أدائها فاذا أخل بهذا التعيين بنجم عند غير السلطان أى القاضى (فعجز فرده مولاه برضاه كان جائزا لان الكتابة تفسخ بالتراضى من غير عذر فبالعذر أولى (ولو

ولانه عقد ارفاق حتى كان أحسنه مؤجله وحالة الوجوب بعد حلول نجم فلابد من امهال مدة استيسارا وأولى المدة ماتوافق عليه العاقدان ولهما أن سبب الفسخ قد تحقق وهو العجز لان من عجز عن أداء نجم واحد يكون أعجز عن أداء نجمين وهذا لان مقصود المولى الوصول الى المال عند حلول نجم وقد فات فيفسخ اذا لم يكن راضيا بدونه بخلاف اليومين والثلاثة لانه لابد منها لامكان الاداء فلم يكن تاخيرا والآثار متعارضة فان المروى عن ابن عمر رضى الله عنهما أن مكاتبة له عجزت عن أداء نجم واحد فردها فسقط الاحتجاج بها قال (فان أخل بنجم عند غير السلطان فعجز فرده مولاه برضاه فهو جائز) لان الكتابة تفسخ بالتراضى من غير عذر فبالعذر أولى

العناية والمديون بالجر عطف على كامهال (أقول) هذا بحسب ظاهره غير صحيح قطعا اذ لا شك أن المديون معطوف على الخصم والمعنى وكامهال المديون لاجل القضاء (قوله ولهما أن سبب الفسخ قد تحقق وهو العجز لان من عجز عن أداء نجم واحد يكون أعجز عن أداء نجمين) أقول فيه شئ وهو ان دليلهما هذا لا يتمشى فى صورة ان عجز عن أداء آخر النجوم التى توافقا عليه بعد ان أدى سائر النجوم باسرها اذ لا يلزمه حينئذ سوى أداء نجم واحد حتى يجتمع عليه نجمان عند امهاله مدة نجم فيكون أعجز عن أدائهما بل يكون عليه حينئذ أن يؤدى نجما واحدا فى ضعف مدته ولا ريب انه أيسر له كما قال أبو يوسف رحمه الله وقال بعض الفضلاء فيه تأمل فانه اذا كان له دين يقبضه أو مال يقدم عليه لا نسلم هذه الشرطية اهـ (أقول) ان قوله هذه الشرطية ليس بسديد اذ الظاهر ان من فى قوله من عجز عن أداء نجم واحد موصولة وان قوله يكون أعجز عن أداء نجمين خبر ان فى قوله لان فلا شرط ولا جزاء فى الكلام حتى تكون الجملة شرطية (قوله والآثار متعارضة فان المروى عن ابن عمر رضى الله عنهما ان مكاتبة له عجزت عن أداء نجم واحد فردها فسقط الاحتجاج بها) هذا جواب عن استدلال أبى يوسف بأثر على رضى الله عنه بان الاثر المروى عن ابن عمر رضى الله عنهما على ماذكر فى الكتاب يعارضه فسقط الاحتجاج بها أى بالآثار للتعارض لان الآثار اذا تعارضت وجهل التاريخ سقطت فيصار الى مابعدها من الحجة فيبقى ماقالاه من الدليل بان سبب الفسخ قد تحقق الخ سالما عن المعارض فيثبت

على المكاتب نجمان ردفى الرق) علقه بهذا الشرط والمعلق بالشرط عدم قبل وجوده ذكر فخر الاسلام علقه بهذا الشرط والمعلق بالشرطين لا ينزل عند وجود أحدهما وهذا أمر لا يعرف قياسا فصار المروى عنه كالمروى عن النبى صلى الله عليه وسلم (قوله والآثار متعارضة) فان المروى عن ابن عمر رضى الله عنه ان مكاتبة له عجزت عن نجم فردها فيسقط الاحتجاج بها هذا جواب عما تمسك أبو يوسف رحمه الله بقول على رضى الله عنه بان الاثر المروى عن ابن عمر رضى الله عنه يعارضه ماذكره فى الكتاب فيسقط الاحتجاج بها أى بالآثار المتعارضة لان الحديثين اذا تعارضا وجهل تاريخهما تساقطا فيصار الى مابعدهما من الحجة فبقى ماقالا من الدليل ان سبب الفسخ قد تحقق الخ سالما عن المعارض فيثبت الفسخ به أو نقول ان فى حديث على رضى الله عنه بيان ان حق الفسخ يثبت للمولى بكسر نجمين وليس فيه نفى حق الفسخ عند كسر نجم واحد بل هو مسكوت عنه فيكون موقوفا الى قيام الدليل وهو مارويناه من حديث ابن عمر رضى الله عنه فان ذلك كالمروى عن النبى صلى الله عليه وسلم لان مايقوله الصحابى من المقادير يحمل على السماع لانه لا يدركه القياس (قوله فان أخل بنجم عند غير السلطان) أى غير القاضى

قال المصنف (لان من عجز عن أداء نجم واحد يكون أعجز عن أداء نجمين) أقول فيه تامل فانه اذا كان له دين يقبضه أو مال يقدم عليه لا تسلم هذه الشرطية قوله لان دليل أبى يوسف) أقول يعنى دليله المعقول

وان لم يرض به العبد لا بد من القضاء بالفسخ لانه عقد لازم) من جانب المولى لا يقدر على الابطال بانفراده (تام) ليس فيه خيار شرط وكل ما كان كذلك (فسخه يحتاج الى) الرضا أو (القضاء كالرد بالعيب بعد القبض) وقد تقدم ان في رواية أخرى أن الفسخ يصح بلا قضاء ووجهها أن هذا عيب تمكن في أحد العوضين قبل تمام العقد لان تمام الكتابة بالاداء وتمام العقد بوقوع الفراغ عن استيفاء أحكامه فشبه بهذا الوجه بما لو وجد المشتري معيبا قبل القبض وهناك ينفرد المشتري بالفسخ بلا قضاء فكذلك ههنا قال (واذا عجز المكاتب عاد الى أحكام الرق لانفساخ الكتابة وما كان في يده من الاكساب فهو للمولاه لانه ظهر أنه كسب عبده) وكسب العبد لمولاه (وانما قال ظهر لان كسبه كان موقوفا عليه أو على مولاه) لانه ان أدى بدل الكتابة فهو له والا فلمولاه (وقد زال التوقف) قال (فان مات المكاتب وله مال لم تنفسخ الكتابة وقضى ما عليه من ماله وحكم بعتقه في آخر جزء من أجزاء حياته وما فضل فهو ميراث لورثته ويعتق أولاده) المولودون والمشترون في حال الكتابة وهو قول علي وابن مسعود رضي الله عنهما (وبه أخذ علماؤنا رحمهم الله وقال الشافعي رحمه الله تبطل الكتابة ويموت عبدا وما تركه فلمولاه وهو قول زيد بن ثابت رضي الله عنه) واستدل لذلك بالمعقول بان المقصود من الكتابة عتقه وعتقه باطل فالمقصود منها كذلك وذلك لان العتق ان ثبت فاما أن يثبت بعد الممات مقصودا أو قبله أو بعده مستندا الى حال حياته لا سبيل الى الاول لان الميت ليس (بمحل للعتق ولا بدله من محل ولا الى الثاني لانه مشروط بالاداء والفرض عدمه فلزم وجود المشروط بدون شرطه ولا الى الثالث لان الشيء يثبت في الحال ثم يستند

(ولو لم يرض به العبد لا بد من القضاء بالفسخ) لانه عقد لازم تام فلا بد من القضاء أو الرضا كالرد بالعيب بعد القبض قال (واذا عجز المكاتب عاد الى أحكام الرق) لانفساخ الكتابة (وما كان في يده من الاكساب فهو لمولاه) لانه ظهر أنه كسب عبده وهذا لانه كان موقوفا عليه أو على مولاه وقد زال التوقف قال (فان مات المكاتب وله مال لم تنفسخ الكتابة وقضى ما عليه من ماله وحكم بعتقه في آخر جزء من أجزاء حياته وما بقي فهو ميراث لورثته ويعتق أولاده) وهذا قول علي وابن مسعود رضي الله عنهما وبه أخذ علماؤنا رحمهم الله وقال الشافعي رحمه الله تبطل الكتابة ويموت عبدا وما تركه لمولاه وامامه في ذلك زيد بن ثابت رضي الله عنه ولان المقصود من الكتابة عتقه وقد تعذر اثباته فتبطل وهذا لانه لا يخلو اما أن يثبت بعد الممات مقصودا أو

الفسخ به كذا في عامة الشروح (أقول) هنا اشكال لان ما قاله من الدليل المعقول راجع الى القياس على مقتضى ما صرحوا به في كتب الاصول عند بيان انحصار الادلة الشرعية في الاربع من أن الاستدلال بالمعقول راجع الى القياس وقد صرح به صاحب غاية البيان ههنا أيضا حيث قال ان الآثار متعارضة والتاريخ مجهول فيصار الى ما بعدها من الدليل وهو القياس اه وقد تقرر في الاصول أيضا ان القياس لا يجري في المقادير وما نحن فيه من قبيل المقادير كما أفصح عنه كثير من الشراح حيث قالوا وما رويناه من حديث ابن عمر كالمروي عن النبي عليه الصلاة والسلام لان ما يقوله الصحابي من المقادير يحمل على السماع لانه لا يدركه القياس اه فاذا تعارضت الآثار فيما نحن فيه تساقطت كما قالوا ولم يصح القياس في المقادير كما تقرر في الاصول والفروع فكيف ينتهض ما قاله من الدليل المعقول الذي مرجعه الى القياس حجة لهما في اثبات ما ذهبا اليه في جواب هذه المسئلة فليتأمل (قوله وقال الشافعي تبطل الكتابة ويموت عبدا وما تركه لمولاه وامامه في ذلك زيد بن ثابت رضي الله تعالى عنه) ولان المقصود من الكتابة عتقه وقد تعذر اثباته فتبطل) قال صاحب العناية في شرح هذا المحل وقال الشافعي تبطل الكتابة ويموت عبدا وما تركه فلمولاه وهو قول زيد بن ثابت رضي الله عنه واستدل لذلك بالمعقول بان المقصود من الكتابة عتقه وعتقه باطل والمقصود منها كذلك انتهى ورد عليه بعض الفضلاء بأن قوله واستدل لذلك بالمعقول الخ لا يطابق المشروح لدلالته على انه استدل بأثر زيد و بالمعقول حيث قال المصنف ولان المقصود بالواو العاطفة انتهى (أقول) بل هو مطابق للمشروح فان الواو في قوله واستدل للعطف أيضا والمعطوف عليه معنى قوله

(قوله أو لم يرض به العبد لا بد من القضاء بالفسخ) وفي بعض الروايات ينفرد المولى بالفسخ ولا يشترط رضاه كما اذا وجد بالمشتري عيبا قبل القبض فانه ينفرد المشتري بالفسخ وجه هذه الرواية ان هذا عيب تمكن في أحد العوضين قبل تمام العقد لان تمام الكتابة بالاداء لان تمام العقد بوقوع الفراغ عن استيفاء أحكامه فيشبه من هذا الوجه بما لو وجد المشتري معيبا قبل القبض وهناك ينفرد المشتري بالفسخ ولا يحتاج فيه الى قضاء القاضي فهنا كذلك وجه الرواية الاخرى ان هذا عيب تمكن في أحد العوضين بعد القبض لان المكاتب بعقد الكتابة صار في يده فاشبه من هذا الوجه بما لو وجد المشتري بالمشتري عيبا بعد القبض وهناك المشتري لا ينفرد بالفسخ كذا هنا (قوله لانه كان موقوفا عليه أو على مولاه) لانه ان أدى بدل الكتابة فكسبه للمكاتب وان عجز فللمولى

(قوله وتمام العقد بوقوع الفراغ عن استيفاء أحكامه) أقول ومن جملة أحكامه الحرية رقبة عند الاداء (قوله واستدل لذلك بالمعقول بان المقصود من الكتابة عتقه وعتقه باطل فالمقصود منها كذلك) أقول لا يطابق المشروح لدلالته على أنه استدل بأثر زيد وبالمعقول حيث قال

وهذا الشيء لم يثبت بعد , ولنا أنه عقد معاوضة ولا يبطل بموت أحد المتعاقدين وهو المولى فكذا بموت الآخر والجامع بينهما الحاجة الى ابقاء العقد لاحياء الحق) وعليك باستحضار القواعد الاصلية لاستخراج ما يحتاج اليه القياس من بيان أصل منصوص عليه وفرع هو نظيره ولا نص فيه وبيان أن هذا النص في الحال معلول وبيان ما يميز هذا الوصف عن غيره وبيان صلاحه بملاءمته للعلل المنقولة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وعن السلف وعدالته بظهور أثره في جنس الحكم المعلل به وغير ذلك من شروط القياس فان تعذر ذلك فارجع الى الاصول الجدلية بادعاء اضافة الحكم الى المشترك وسد طريق ما يرد من رد وادعاء الاضافة الى المختص في هذا الموضع وامثاله فان يسر الله عليك ذلك بفيض من عنده بعد الجثو على الركب بحضرة المحققين فذلك الفوز العظيم قدره والا فاياك ودعوى معرفة الهداية فتكون من الجهلة الذي ظهر عند ذوي التحصيل عذره وألحق بالاخسرين أعمالا الذين ضل سعيهم في الحياة الدنيا وهم يحسبون أنهم يحسنون صنعا (قوله بل أولى) يجوز أن يكون جوابا عما يقال ليس موت المكاتب كموت العاقد لان العقد يبطل بموت المعقود عليه وهو المكاتب دون العاقد ووجه ذلك أن الموجب لبقاء العقد بعد موت العاقد ههنا انما هو الحاجة والحاجة الى ذلك بعد موت المكاتب أدعى من حيث المقتضي والمانع أما المقتضي فـ(لأن حقه آكد من حق المولى حتى لزم العقد في جانبه) اما المانع فلان (الموت أنفى للمالكية منه للمملوكية) فان المملوكية ضعف والموت لا ينافيه لكونه عجزا صرفا حقيقيا وفي المالكية ضرب قوة والموت ينافيها

يثبت قبله أو بعده مستندا لا وجه الى الاول لعدم المحلية ولا الى الثاني لفقد الشرط وهو الاداء ولا الى الثالث لتعذر الثبوت في الحال والشيء يثبت ثم يستند ولنا أنه عقد معاوضة ولا يبطل بموت أحد المتعاقدين وهو المولى فكذا بموت الآخر والجامع بينهما الحاجة الى ابقاء العقد لاحياء الحق بل أولى لان حقه آكد من حق المولى حتى لزم العقد في جانبه والموت أنفى للمالكية منه للمملوكية

وهو قول زيد بن ثابت رضي الله عنه كأنه قال أخذ بقول زيد بن ثابت واستدل لمدعاه بالمعقول أيضا كما أن قول المصنف ولان المقصود بالكتابة عطف على معنى قوله وامامه في ذلك زيد بن ثابت رضي الله عنه كأنه قال لاثر زيد بن ثابت ولان المقصود بالكتابة الخ والعطف بحسب المعنى شائع في كلام الثقات وقد صرح بجواز ذلك كثير من المحققين في مواضع شتى من كتب البلاغة فتطابق الشرح والمشروح في حاصل المعنى كما ترى ثم ان ذلك البعض قال والموافق للمشروح فتبطل الكتابة لان العقود انما شرعت لاحكامها فبطلان الحكم يلزمه بطلان العقد انتهى (أقول) هذا كلام خال عن التحصيل لانه كان مدار رده على صاحب العناية بعدم مطابقة شرحه للمشروح على تحقق الواو العاطفة في المشروح وعدم تحققه في الشرح على زعمه ولم يتحقق ذلك فيما ذكره نفسه قط فانه قال لان العقود الخ بدون الواو العاطفة فما معنى عدم مطابقة ذلك للمشروح وموافقة هذا اياه وأيضا ان الفاء في قوله فتبطل الكتابة مما لا محل له في المشروح كما لا يخفى على الفطن الناظر في عبارة المشروح (قوله بل أولى لان حقه آكد من حق المولى) قال صاحب

(قوله لا وجه الى الاول لعدم المحلية) وذلك لان الميت ليس بمحل للعتق ابتداء لما في العتق من احداث قوة المالكية وذلك لا يتصور في الميت ولا يجوز أن يستند الى حال حياته لان المعلق بالشرط لا يسبق الشرط وفي اسناده الى حال حياته اثبات العتق المعلق بالشرط قبل وجود الشرط وهو الاداء (قوله ولنا أنه عقد معاوضة) احترازا عن النكاح والوكالة وذلك لانه ثبت للمكاتب مالكية اليد وللمولى المطالبة ببدل الكتابة وقضية المعاوضة المساواة ولا تنفسخ الكتابة بموت المولى فكذا بموت المكاتب (قوله والموت أنفى للمالكية منه للمملوكية) لان المملوكية عبارة عن المقدورية والمقهورية والمالكية عبارة عن القادرية والقاهرية ولهذا يوصف الجماد بكونه مملوكا ولا يوصف بكونه مالكا والموت أنفى للقادرية والقاهرية منه للمقدورية والمقهورية فاذا جاز ابقاء العقد مع أقوى المنافيين لادنى الحاجتين فلان يبقى العقد مع أدنى المنافيين لاعلى الحاجتين أولى وأحرى وأما ما ذكره الشافعي رحمه الله من الترديد فنقول انه يعتق بعد الموت عند البعض بان يقدر حيا قابلا للعتق كما قدر المولى حيا ومالكا ومعتقا في فصل موت المولى ولهذا قدرنا الميت بعد موته حيا ومالكا لامواله فيما يحتاج الى قضاء دينه وتنفيذ وصيته والجمهور على أنه يعتق في آخر جزء من أجزاء حياته أما لان سبب الاداء موجود قبل الموت فيستند الاداء اليه أو يجعل أداء خلفه كادائه بنفسه فان قيل الاداء فعل

المصنف ولان المقصود بالواو العاطفة والموافق للمشروح فتبطل الكتابة لان العقود انما شرعت لاحكامها فبطلان الحكم يلزمه بطلان العقد

فيتنزل

(قوله وهذا الشيء لم يثبت بعد) أقول بل هو متعذر الثبوت في الحال على ما علمته (قوله يجوز أن يكون جوابا عما يقال ليس موت المكاتب كموت العاقد) أقول هذا لا يخلو عن بعد بعد قوله لا يبطل بموت أحد المتعاقدين فكذا بموت الآخر فانه صريح في عدم كون المكاتب معقودا عليه اللهم الا أن يحمل على الكلام التنزلي (قوله والحاجة الى ذلك بعد موت المكاتب أدعى) أقول الى في قوله الى ذلك متعلق بقوله أدعى واشار بقوله ذلك الى البقاء المدعى والحاجة الى البقاء أدعى الخ

فينزل حيا تقديرا) كما أنزلنا الميت حيا في حق بقاء التركة على حكم ملكه فيما اذا كان على الميت دين مستغرق عليه وفي حق التجهيز والتكفين وتنفيذ الوصايا في الثلث (أو تستند الحرية باستناد سبب الاداء وهو عقد الكتابة الى ماقبل الموت) فان قيل يلزم تقدم المشروط على الشرط أجاب المصنف بقوله (و يكون أداء خلفه كأدائه) فلا يلزم ذلك ولا يتوهم أن العتق يتقدم على الاداء بل بقدر الاداء قبل العتق ولم يتعرض بأن المكاتب ليس بمعقود عليه لما تقدم أن المعقود

عليه هو سلامة مالكية اليد

فينزل حيا تقديرا أو تستند الحرية باستناد سبب الاداء الى ماقبل الموت و يكون أداء خلفه كأدائه وكل ذلك ممكن على ماعرف تمامه في الخلافيات

العناية قوله بل أولى يجوز أن يكون جوابا عما يقال ليس موت المكاتب كموت العاقد لان العقد يبطل بموت المعقود عليه وهو المكاتب دون العاقد ووجه ذلك أن الموجب لبقاء العقد بعد موت العاقد ههنا انما هو الحاجة والحاجة الى ذلك بعد موت المكاتب أدعى من حيث المقتضى والمانع الخ (أقول) لايذهب على ذي فطرة سليمة أن قول المصنف هذا انما هو لمجرد المبالغة في تحقق الجامع المذكور في جانب المقيس وهو موت المكاتب من المتعاقدين ولا وجه لتجويز كونه جوابا عما يقال من طرف الخصم ليس موت المكاتب كموت العاقد لان العقد يبطل بموت المعقود عليه وهو المكاتب دون العاقد لان الجواب عنه انما يتصور بمنع كون المكاتب نفسه معقودا عليه و بيان المعقود عليه انما هو سلامة مالكية البدل كما مر جوابه والمصنف لم يتعرض في كلامه هذا لمنع ذلك قط ولا لبيان ان المعقود عليه ماذا فلا مجال لان يكون كلامه هذا جوابا عن ذلك السؤال لان بطلان العقد بهلاك المعقود عليه أمر مجمع عليه لايحتمل جوازه بكون الحاجة أدعى الى ابقائه بعد ان هلك المعقود عليه فلا تفيد المقدمات المذكورة ههنا شيأ في دفع ذلك السؤال أصلا ثم ان بعض الفضلاء قدح فيما جوزه صاحب العناية من كون كلام المصنف هذا جوابا عما ذكر بوجه آخر حيث قال لايخلو عن بعد بعد قوله لا يبطل بموت أحد المتعاقدين فكذا بموت الآخر فانه صريح في عدم كون المكاتب معقودا عليه اللهم الا أن يحمل على الكلام التنزلي انتهى (أقول) ليس هذا بتام لان كون قوله لا يبطل بموت أحد المتعاقدين فكذا بموت الآخر صريحا في عدم كون المكاتب معقودا عليه ممنوع لاحتمال أن يكون المكاتب مع كونه أحد المتعاقدين معقودا عليه أيضا لوقوع العقد على نفسه ألا يرى الى قولهم في تصوير مسئلة كتابة العبد عن نفسه وعن عبد آخر له غائب بان يقول العبد كاتبني بالف درهم على نفسي وعلى فلان الغائب ولئن سلم كونه صريحا في ذلك فعدم كون المكاتب معقودا عليه عندنا لا يستدعي عدم كونه كذلك عند الخصم أيضا والسؤال المذكور انما يتوجه من قبل الخصم فلو قصد المصنف بقوله بل أولى الجواب عنه لم يكن منافيا لقوله السابق بل يكون مقررا له فلا احتياج الى التنزل بل لامعنى له يظهر ذلك كله بالتأمل الصادق (قوله فينزل حيا تقديرا أو تستند الحرية باستناد سبب الاداء الى ماقبل الموت و يكون أداء خلفه كأدائه) هذا اشارة الى الجواب عما ذكره الخصم من الترديد بوجهين ذهب الى كل واحد منهما جماعة من أصحابنا أحدهما انه

حسي والاستناد انما يكون في التصرفات الشرعية قلنا نعم ولكن فعل النائب مضاف الى المنوب وهذه الاضافة شرعية ألا ترى ان من رمى صيدا فمات قبل ان يصيب ثم أصاب صار ملكا له و ورث عنه والميت ليس باهل للملك ولكن لما صح السبب والملك يجب بعد تمام السبب وتمامه بالاضافة وهو ليس باهل له ثبت الملك من حين الامكان وهو آخر جزء من أجزاء حياته فكذا هنا لما كان السبب منعقدا وهو عقد الكتابة والعتق موقوف على الاداء والاداء جائز بعد الموت والحكم وهو وقوع العتق مما يمكن اثباته من حين الموت كالملك ثم حكمنا بعتقه في آخر جزء من أجزاء حياته وأما بان تقام التركة الموجودة منه في آخر جزء من أجزاء حياته مقام التخلية بين المال و بين المولى وهو الاداء المستحق عليه (قوله باستناد سبب الاداء) أي بسبب هو

قال المصنف (أو تستند الحرية باستناد سبب الاداء الى ماقبل الموت) أقول فان قيل من أين يخرج الجواب عن قول الشافعي الشئ يثبت ثم يستند قلنا الاداء ثابت في الحال فان أداء خلفه كأدائه فيستند الى ماقبل الموت وثبوت الحرية ليس بطريق الاستناد فهذا جواب باختيار الشق الثاني من الترديد واضافة السبب الى الاداء بيانية أو نقول المراد من استناد سبب الاداء استناد سببية عقد الكتابة لانفسه اذ هو موجود قبله لكنه ليس بسبب فان التعليقات ليست أسبابا عندنا في الحال بل عند وجود الشرط فاذن أسند الاداء الى ماقبل الموت فتأمل مراجعا الى شرح الاتقاني ثم اعلم أن الاستناد أن يثبت الحكم في الزمان المتأخر و يرجع القهقرى حتى يحكم بثبوته في الزمان المتقدم كذا في التوضيح في فصل المأمور به نوعان (قوله أو تستند الحرية باستناد سبب الاداء وهو عقد الكتابة الى ماقبل الموت) أقول ثبوت عقد الكتابة قبل الموت ليس بطريق الاستناد وهو ظاهر والحق أن تجعل اضافة السبب الى الاداء بيانية وقوله و يكون أداء خلفه الخ دفع لما يقال انه لم يوجد من المكاتب الاداء بعد الممات (قوله ولم يتعرض بان المكاتب ليس بمعقود عليه) أقول ولعله انما لم يتعرض له لان سلامة مالكية البدل فاتت بفوته اذ لا مالكية للميت فلا فائدة في التعرض أو جعله باقيا حكما مشترك كما لا يخفى والجواب أنها حصلت له بالعقد والتفصيل في النهاية

قال (وان لم يترك وفاء وترك ولدا مولودا فى الكتابة الخ) الولد المولود فى الكتابة يسعى فى كتابة أبيه على نجومه ان كان مفلسا بالاتفاق لدخوله فى كتابته فكان كسبه ككسبه فيخلفه فى الاداء كما لو ترك وفاء وأما الولد المشترى فكالمولود فى الكتابة عندهما وقال أبو حنيفة رحمه الله قيل له اما أن تؤدى الكتابة حالة أو تردرقيقا هما اعتبراه بالمولود بجامع أنه يكاتب عليه تبعا له ولهذا ملك المولى اعتاقه كالمولود فيهما بخلاف الاكساب فان المولى لا تصرف له فى أكسابه ولهذا لا يقدر على اعتاق عبد المكاتب وأبو حنيفة رحمه الله فرق بين الفصلين على ماذكره فى الكتاب فان اشترى المكاتب ابنه ثم مات وترك وفاء ورثه ابنه لانه لما اشتراه دخل فى كتابته فلما أدى بدل الكتابة عتق المكاتب فى آخر جزء من أجزاء حياته بطريق الاستناد ولما حكم بحريته فى ذلك الوقت حكم بحرية ابنه أيضا فى ذلك الوقت لانه تبع لابيه فى الكتابة فيكون ذلك توريث حر عن حر وكذلك ان كوتب الاب والابن كتابة واحدة ومات الاب وترك وفاء ورثه ابنه لان الولد اما أن يكون صغيرا أو كبيرا فان كان صغيرا فهو تبع لابيه وان كان كبيرا جعلا كشخص واحد لاتحاد عقد الكتابة فيهما فالحكم بحرية الاب حكم بحريته فى تلك الحالة يعنى آخر جزء من أجزاء حياته على مامر من استناد الحرية باستناد سبب الاداء الى ماقبل الموت

قال (وان لم يترك وفاء وترك ولدا مولودا فى الكتابة سعى فى كتابة أبيه على نجومه فاذا أدى حكمنا بعتق أبيه قبل موته وعتق الولد) لان الولد داخل فى كتابته وكسبه ككسبه فيخلفه فى الاداء وصار كما اذا ترك وفاء (وان ترك ولدا مشترى فى الكتابة قيل له اما أن تؤدى الكتابة حالة أو ترد رقيقا) وهذا عند أبى حنيفة وأما عندهما يؤديه الى أجله اعتبارا بالولد المولود فى الكتابة والجامع أنه يكاتب عليه تبعا له ولهذا ملك المولى اعتاقه بخلاف سائر أكسابه ولابى حنيفة وهو الفرق بين الفصلين أن الاجل يثبت شرطا فى العقد فيثبت فى حق من دخل تحت العقد والمشترى لم يدخل لانه لم يضف اليه العقد ولا يسرى حكمه اليه لانفصاله بخلاف المولود فى الكتابة لانه متصل وقت الكتابة فيسرى الحكم اليه وحيث دخل فى حكمه سعى فى نجومه (فان اشترى ابنه ثم مات وترك وفاء ورثه ابنه) لانه لما حكم بحريته فى آخر جزء من أجزاء حياته يحكم بحرية ابنه فى ذلك الوقت لانه تبع لابيه فى الكتابة فيكون هذا حرا يرث عن حر (وكذلك ان كان هو وابنه مكاتبين كتابة واحدة) لان الولد

يعتق بعد الموت بان ينزل حيا تقديرا كما أنزلنا الميت حيا فى حق بقاء التركة على ملكه فيما اذا كان عليه دين مستغرق وفى حق التجهيز والتكفين وتنفيذ الوصايا فى الثلث وكما قدرنا المولى حيا ومالكا ومعتقا فى فصل موت المولى وثانيهما أنه يعتق فى آخر جزء من أجزاء حياته بأن تستند الحرية باستناد سبب الاداء الى ماقبل الموت ويجعل أداء خلفه كادائه بنفسه هذا زبدة مافى شروح هذا الكتاب وغيرها فى هذا المقام ثم أقول من العجائب ههنا أن صاحب الاصلاح والايضاح بدل كلمة أو فى أو تستند الحرية بكلمة الواو فقال فى شرحه فى اثناء تقرير تعليل أئمتنا فى هذه المسئلة فينزل حيا تقديرا وتستند الحرية باستناد سبب الاداء الى ماقبل الموت وقال فى حاشيته على قوله وتستند الحرية هذا من تمام التعليل فمن قال أو تستند فقد أخطأ اه وفسر القائل فى حاشية صغرى بصاحب الهداية ولا يخفى على الناظر فى شروح الهداية وغيرها من الكتب المبسوطة أن المخطئ هو هذا المخطئ فان المقصود من كلمة أو هو الاشارة الى المسلكين المختلفين المستقلين فى اثبات قول أئمتنا فى مسئلتنا هذه فحق التعبير أن تذكر كلمة أو دون كلمة الواو ولعل منشأ غلط ذلك المخطئ المخطئ انه زعم أن قول صاحب الهداية أو تستند الحرية الخ معطوف على أول التعليل وهو قوله ولنا أنه عقد معاوضة فخطأه بانه من تمام التعليل المذكور فكيف يعطف عليه بكلمة أو ولا ريب أنه معطوف على قوله فينزل حيا تقديرا وأنه لا محذور فى اتمام التعليل باحد الامرين بل فيه تربية الفائدة بتوسيع الدائرة (قوله ولا يسرى حكمه اليه لانفصاله) قال بعض الفضلاء فيه بحث انتهى (أقول) الظاهر أن مراده بالبحث أنه لو لم يسر حكم عقد الكتابة اليه لما دخل فى كتابة أبيه وقد مر فى أول فصل من باب ما يجوز للمكاتب أن يفعله أنه اذا اشترى المكاتب أباه أو ابنه دخل فى كتابته وأيضا لو لم يسر حكمه اليه لما عتق عنده باداء بدل الكتابة حالا لكنه ساقط بوجهيه أما سقوط وجهه الاول فلان دخول الولد المشترى فى كتابة أبيه ليس لسراية حكم عقد الكتابة الذى جرى بين المكاتب ومولاه اليه بل بجعل المكاتب مكاتبا لولده باشترائه اياه تحقيقا للصلة بقدر الامكان كما أن الحر اذا اشترى ولده يصير معتقا له بالاشتراء وأما سقوط وجهه الثانى فلان عتق الولد المشترى عنده باداء بدل الكتابة حالا ليس لاجل السراية أيضا بل لصيرورة المكاتب اذ ذاك بمنزلة من مات عن وفاء وقد أفصح عنه صاحب

الاداء (قوله لان الولد داخل فى كتابته) هذه النكتة تقتضى ان لا يعتق الولد المشترى الا أن عتقه لمعنى آخر وهو ان مقصود المكاتب أن يعتق بجميع أجزائه فلذلك يعتق باداء الحال تحقيقا لمقصود العاقد بقدر الامكان (قوله بخلاف سائر أكسابه) فان المولى لا تصرف له فى أكساب المكاتب ولهذا لا يقدر على اعتاق عبد المكاتب (قوله وكذلك ان كان هو وابنه مكاتبين كتابة واحدة) ورثه أى ابنه وقيد بقوله كتابة واحدة احترازا عما لو كانا مكاتبين كل واحد منهما بعقد واحد لان الولد ان كان منفردا بكتابة فاداه

ان

قال المصنف (ولا يسرى حكمه اليه) أقول فيه بحث

قال و(ان مات المكاتب وله ولد من حرة الخ) ذكر هذه المسئلة والتى بعدها لبيان الفرق بينهما وصورتها مكاتب مات وله ولد حر من امرأة حرة وترك دينا على الناس وفاء بمكاتبته فالكتابة باقية وولاء الولد لموالى الام أما بقاء الكتابة فلماله من المال المنتظر لان الدين باعتبار ما له مال ولكن لا يحكم بعتقه حتى يؤدى البدل وانما قيد بالدين لانه لو ترك عينا لم يتأت القضاء بالالحاق بالام لامكان الوفاء فى الحال وأما أن الولاء لموالى الام فلانه لما لم يحكم بعتقه لم يظهر للولد ولاء فى جانب أبيه فان جنى هذا الولد جناية وقضى به أى بموجب الجناية على عاقلة الام لم يكن ذلك قضاء بعجز المكاتب وفسخ الكتابة لان هذا القضاء يقرر حكم الكتابة وكل ما يقرر شيأ لا يبطله أما أنه يقرر حكم الكتابة فلان الكتابة تستلزم الحاق الولد بموالى الام وايجاب العقل عليهم على وجه يحتمل أن يعتق المكاتب فيجر ولاء ابنه الى مواليه لان الولاء كالنسب والنسب انما يثبت من قوم الام عند تعذر اثباته من الاب حتى لو ارتفع المانع من اثباته منه كما اذا أكذب الملاعن نفسه عاد النسب اليه فكذلك الولاء فكان ايجاب العقل من لوازمها وثبوت اللازم يقرر ثبوت ملزومه وأما أن كل ما يقرر شيأ لا يبطله فلئلا يعود على موضوعه بالنقض (قوله وان اختصم موالى الام الخ) هو المسئلة الثانية وصورتها مات هذا الولد بعد الاب واختصم موالى الاب وموالى الام فقال موالى الام مات رقيقا والولاء لنا وقال موالى الاب مات حرا والولاء لنا فقضى بولائه لموالى الام فهو قضاء بالعجز وفسخ الكتابة لان هذا الاختلاف اختلاف فى الولاء مقصودا وهو واضح وذلك ينبنى على بقاء الكتابة وانتقاضها فانها اذا فسخت مات عبدا واستقر الولاء على موالى الام واذا بقيت واتصل بها الاداء مات حرا وانتقل الولاء الى موالى الاب وهذا أى بقاء الكتابة وانتقاضها فصل مجتهد فيه كما

ان كان صغيرا فهو تبع لابيه وان كان كبيرا جعلا كشخص واحد فاذا حكم بحرية الاب يحكم بحريته فى تلك الحالة على ما مر قال (وان مات المكاتب وله ولد من حرة وترك دينا وفاء بمكاتبته فجنى الولد فقضى به على عاقلة الام لم يكن ذلك قضاء بعجز المكاتب) لان هذا القضاء يقرر حكم الكتابة لان من قضيتها الحاق الولد بموالى الام وايجاب العقل عليهم لكن على وجه يحتمل أن يعتق فينجر الولاء الى موالى الاب والقضاء بما يقرر حكمه لا يكون تعجيزا (وان اختصم موالى الام وموالى الاب فى ولائه فقضى به لموالى الام فهو قضاء بالعجز) لان هذا اختلاف فى الولاء مقصودا وذلك يبتنى على بقاء الكتابة وانتقاضها فانها اذا فسخت مات عبدا واستقر الولاء على

الكافى حيث قال وكان ينبغى أن يباع بعد موته لفوات المتبوع ولكن اذا عجل صار كأنه مات عن وفاء انتهى فتبصر (قوله وان مات المكاتب وله ولد من حرة الخ) قال صاحب العناية تذكر هذه المسئلة والتى بعدها لبيان الفرق بينهما انتهى (أقول) هذا كلام لا حاصل له لان الفرق متحقق بين كل مسئلتين والا لم تكونا مسئلتين بل صارتا مسئلة واحدة فكل مسئلتين اذا ذكرتا يعرف الفرق بينهما فلا وجه تخصيص علية بيان الفرق بذكر هاتين المسئلتين فان قيل الفرق بين هاتين المسئلتين خفى فكان بيانه أهم فيهما ولهذا خص علية بذكرهما قلنا خفاء الفرق أيضا متحقق فى كثير من المسئلتين كما لا يخفى فلم يتم وجه التخصيص وأيضا لو كان ذكرهما لمجرد بيان الفرق بينهما لما استحقت واحدة منهما الذكر منفردة عن الاخرى ولا شك أن كل واحدة منهما مسئلة مهمة بنفسها مقصودة بالذكر والبيان على أن الفرق بين مفهومى هاتين المسئلتين ظاهر غنى عن البيان وانما المحتاج الى البيان هو الفرق بين علتيهما وبيان الفرق بين علتيهما انما وقع فى الهداية وهاتان المسئلتان أنفسهما مذكورتان فى البداية أيضا بدون بيان العلة فلم يكن ذكرهما لبيان الفرق بينهما بل كان لبيان حكمهما فى أنفسهما ويفهم الفرق بينهما من حيث الحكم كما فى سائر المسائل (قوله لان هذا القضاء يقرر حكم الكتابة لان من قضيتها الحاق الولد بموالى الام وايجاب العقل عليهم على وجه يحتمل أن يعتق فينجر الولاء الى موالى الاب والقضاء بما يقرر حكمه لا يكون تعجيزا) قال صاحب العناية فى

بعد الموت قبل قضاء مكاتبه أو بعده لم يرثه لانه مقصود بالكتابة وانما يعتق من وقت أداء البدل مقصورا عليه لان الاستناد للضرورة ولا ضرورة فى حقه ههنا فاذا لم يستند عتقه كان عبدا عند موت أبيه فلهذا لا يرثه (قوله وان كان كبيرا جعلا كشخص واحد) لاتحاد عقد الكتابة وهذا لان الكتابة لما كانت واحدة ونجومها واحدة فانهما يعتقان معا ان أديا ويردان معا فى الرق ان لم يؤديا وقد عتق العبد فى آخر جزء من أجزاء حياته فيعتق الابن معه فى تلك الحالة فيرثه لذلك (قوله وان مات المكاتب وله ولد من حرة) أى معتقة وترك دينا وفاء بكتابته قيد بالدين لانه لو ترك عينا لا يتأتى القضاء بالالحاق بالام اذ يمكن الوفاء فى الحال (قوله وان اختصم موالى الام) يعنى اختصموا بعد موت الولد فى ارثه بالولاء قبل أداء بدل الكتابة فقضى القاضى بالولاء لقوم الام يكون قضاء بعجز المكاتب وموته عبدا لان من ضرورة كون الولاء لقوم الام موت المكاتب عبدا لانه لو مات حرا لانجر الولاء اليه من قوم الام (قوله لان هذا الاختلاف فى الولاء مقصود)

(قوله ذكر هذه المسئلة والتى بعدها) أقول وهى قوله وان اختصم موالى الام (قوله لانه لو ترك عينا لم يتأت القضاء) أقول أى على مذهبنا (قوله مات رقيقا الى قوله مات حرا والولاء لنا فقضى بولائه) أقول الضمير المستتر فى مات رقيقا والمستتر فى مات حرا راجعان الى الاب والضمير فى قوله بولائه راجع الى الولد قال المصنف (لان هذا الاختلاف فى الولاء مقصودا الخ) أقول لا يخفى عليك أن مقصود كل واحد من تينك الطائفتين قرار الولاء عليه فاختصامهم بالحقيقة فيه فلا يرد أن يقال ينصور والولاء لموالى الام على تقدير بقاء الكتابة قبل اتصال الاداء فلا يستقيم قوله وذلك

مرفينفذ ما يلاقيه من القضاء واذا كان القضاء بالولاء نافذا انفسخ الكتابة لانتفاء لازمها وهو احتمال جر الولاء لما تقدم في المسئلة الاولى أن ذلك جزء اللازم والشيء ينتفي بانتفاء جزئه قيل فسخ الكتابة مبني على نفوذ القضاء ولزومه وذلك لصيانة القضاء عن البطلان

موالي الام واذا بقيت واتصل بها الاداء مات حرا وانتقل الولاء الى موالي الاب وهذا فصل مجتهد فيه فينفذ ما يلاقيه من القضاء ولهذا كان تجبرا قال (وما أدى المكاتب من الصدقات الى مولاه ثم عجز فهو طيب للمولى لتبدل الملك) فان العبد يتملكه صدقة والمولى عوضا عن العتق واليه وقعت الاشارة النبوية

حل هذا الحل لان هذا القضاء يقرر حكم الكتابة وكل ما يقرر شيأ لا يبطله أما أنه يقرر حكم الكتابة فلأن الكتابة تستلزم الحاق الولد بموالي الام وايجاب العقل عليهم على وجه يحتمل أن يعتق المكاتب فيجر ولاء ابنه الى مواليه لان الولاء كالنسب والنسب انما يثبت من قوم الام عند تعذر اثباته من الاب حتى لو ارتفع المانع من اثباته منه كما اذا أكذب المكاتب الملاعن نفسه عاد النسب اليه فكذلك الولاء فكان ايجاب العقل من لوازمها وثبوت اللازم يقرر ثبوت ملزومه وأما أن كل ما يقرر شيأ لا يبطله فلئلا يعود على موضوعه بالنقض اه كلامه (أقول) في تقريره نوع اشكال على طريقة أهل المعقول فان قوله ثبوت اللازم يقرر ثبوت ملزومه ممنوع اذ لا يلزم من ثبوت اللازم ثبوت الملزوم لجواز أن يكون اللازم أعم من الملزوم ولا شك أن تحقق العام لا يستلزم تحقق الخاص والظاهر فيما نحن فيه عموم اللازم لان ايجاب العقل على موالي الام يتحقق في صورة أن يقضي بعجز المكاتب كما يتحقق في صورة أن يبقى على كتابته فلا يتم التقريب * ثم أقول يمكن دفعه بان اللازم ههنا ليس مطلق ايجاب العقل على موالي الام بل ايجابه عليهم على وجه يحتمل أن يعتق المكاتب فيجر ولاء ابنه الى مواليه وايجابه عليهم على ذلك الوجه لازم مساو لصورة ابقاء الكتابة اذ في صورة القضاء بالعجز ينتفي هذا اللازم بانتفاء جزئه وهو احتمال جر الولاء كما صرح به في المسئلة الآتية ولكن بقي ههنا شيء وهو أن للمانع أن يمنع ثبوت هذا اللازم المقيد فيما نحن فيه لان ثبوته فيه يتوقف على أن لا يكون القضاء بموجب جناية الولد على عاقلة الام قضاء بعجز المكاتب وهو أول المسئلة فلا يخلو التعليل المذكور عن نوع المصادرة فتامل (قوله وما أدى المكاتب من الصدقات الى مولاه ثم عجز فهو طيب للمولى لتبدل الملك) وتبدل الملك بمنزلة تبدل العين في

احترازا عن المسئلة الاولى فان القضاء بالارش على قوم الام لا يكون قضاء لهم بالولاء الذي يبتني على بقاء الكتابة في الاب وانتقاضها ولا يكون القضاء بالارش على قوم الام منافيا لبقاء الكتابة في الاب بل هذا يقرر حكم الكتابة لان من قضيتها الحاق الولد بموالي الام وايجاب العقل عليهم لكن على احتمال أن يعتق الاب فينتقل الولاء وموجب الجناية الى قوم الاب فلا يكون القضاء بالارش على قوم الام قضاء بفسخ الكتابة ولان القضاء بالارش عليهم قد يكون بجهة أخرى غير الولاء كالكفالة ونحوها فلم يكن قضاء بموت الاب عبدا وفي المسئلة الثانية الاختلاف وقع في الولاء مقصودا وذا يبتني على قيام الكتابة وانتقاضها فكان هذا قضاء بعجز المكاتب لان هذا القضاء يضمن فسخ الكتابة فانها لو لم تنفسخ وخرج من الدين وأديت الكتابة ترجع عاقلة الاب بالميراث على عاقلة الام فينتقض القضاء بالميراث فقلنا بانفساخها صيانة للقضاء عن النقض (قوله هذا فصل مجتهد فيه) فان الاختلاف بين موالي الاب وموالي الام في الحقيقة راجع الى قيام الكتابة وانتقاضها عند موت المكاتب عن وفاء فموالي الام زعموا أنه مات عبدا وانفسخت الكتابة بموته وصار ولاء الولد لنا لا يتحول عنا وهو قول بعض الصحابة وموالي الاب زعموا أن الكتابة لم تنفسخ بموته عن وفاء فيؤدى الكتابة حتى يعتق وينتقل الولاء الينا وهو قول بعض الصحابة فاذا قضى القاضي بالولاء لموالي الام كان قضاء في فصل مجتهد فيه فنفذ بالاجماع وصيانة قضاء متفق عليه أولى من ابقاء كتابة اختلف الصحابة في بقائها هذا اذا مات المكاتب عن وفاء وأما اذا مات لا عن وفاء قال بعضهم ينفسخ حتى لو تطوع انسان ببدل الكتابة لا يقبل منه وقيل خلافه (قوله لتبدل الملك فان العبد يملكه صدقة والمولى عوضا عن العتق) فان قيل ان

وفي صيانته بطلان ما يجب رعايته وهو الكتابة رعاية لحق المكاتب وليس أحد البطلانين أرجح وأجيب بان صيانة القضاء أولى لانه اذا لاقى فصلا مجتهدا فيه نفذ بالاجماع وصيانة ما هو مجمع عليه أولى من صيانة كتابة اختلفت الصحابة في نفاذها قال (وما أدى المكاتب من الصدقات الى مولاه الخ) اذا كان المكاتب أخذ من الزكوات شيأ وعجز فاما أن عجز بعد أدائه الى المولى أو قبله فان كان الاول فهو طيب للمولى بالاجماع لان سبب الملك فيه قد تبدل لان العبد يتملكه صدقة والمولى يتملكه عوضا عن العتق وتبدل السبب كتبدل العين أصل ذلك حديث بريرة رضي الله عنها فيما أهدت اليه صلى الله عليه وسلم وهي مكاتبة حيث قال صلى الله عليه وسلم هي لها صدقة ولنا هدية وهذا بخلاف ما اذا أباح الفقير ما أخذ من الزكاة لغني أو هاشمي فانه لا يطيب لهما لان المباح له يتناوله على ملك المبيح فلم يتبدل سبب الملك ونظيره المشتري شراء فاسدا اذا أباح لغيره لا يطيب له ولو ملكه طاب له وان كان الثاني

يبتني (قوله لانتفاء لازمها وهو احتمال الخ) أقول ههنا مسامحة حيث لا يطابق تعليله في
للمعلل ظاهرا فانه جعل احتمال جر الولاء لازما في المدعى وجزء اللازم في الدليل وتوجيهه غير خفي كما لا يخفى (قوله رعاية لحق المكاتب) أقول ناظر الى قوله ما يجب رعايته

في حديث بريرة رضي الله عنها هي لها صدقة ولنا هدية وهذا بخلاف ما اذا أباح للغني والهاشمي لان المباح له يتناوله على ملك المبيح ونظيره المشتري شراء فاسدا اذا أباح لغيره لا يطيب له ولو ملكه يطيب ولو عجز قبل الاداء الى المولى فكذلك الجواب وهذا عند محمد ظاهر لان بالعجز يتبدل الملك عنده وكذا عند أبي يوسف وان كان بالعجز يتقرر ملك المولى عنده لانه لا خبث في نفس الصدقة وانما الخبث في فعل الآخذ لكونه اذلالا به ولا يجوز ذلك للغني من غير حاجة وللهاشمي لزيادة حرمته والاخذ لم يوجد من المولى فصار كابن السبيل اذا وصل الى وطنه والفقير اذا استغنى وقد بقي في أيديهما ما أخذا من الصدقة فانه يطيب لهما وعلى هذا اذا أعتق المكاتب واستغنى يطيب له ما بقي من الصدقة في يده

الشريعة كذا في الكافي وعامة الشروح فان قيل ان ملك الرقبة كان للمولى فكيف يتحقق تبدل الملك قلنا ملك الرقبة للمولى كان مغلوبا في مقابلة ملك اليد للمكاتب حتى كان للمكاتب أن يمنع المولى عن التصرف في ملكه ولم يكن للمولى أن يمنع المكاتب عن التصرف في ملكه ثم بالعجز ينعكس الامر وليس هذا الا تبدل الملك للمولى كذا قال جمهور الشراح واعترض صاحب العناية على هذا الجواب حيث قال بعد ذكر السؤال والجواب وفيه نظر لانا لا نسلم ان ذلك تبدل ولئن كان فلا نسلم ان مثله بمنزلة تبدل العين اهـ وقصد الشارح العيني دفع ذلك فقال قلت أول كلامه منع مجرد والثاني دعوى بلا برهان اهـ (أقول) ليس هذا بشئ فان المنع المجرد والمنع مع السند كلاهما من دأب المناظرين غاية الامر أن الثاني أقوى من الاول فلا يفيد قوله أول كلامه منع مجرد وأما قوله والثاني دعوى بلا برهان ففاسد اذ لا دعوى له في الثاني بل هو أيضا منع محض كما ترى فلا يلزمه البرهان والصواب في دفع ذلك أن يقال ان منع التبدل مكابرة اذ لا شك ان الانعكاس يقتضي التبدل بل هو عين التبدل وان منع كون مثل هذا التبدل بمنزلة تبدل العين ساقط لان كونه بمنزلة تبدل العين انما هو في حكم الشرع دون الحقيقة وكونه بمنزلة ذلك في حكم الشرع منصوص عليه من قبل أهل الشرع فلا مجال لمنعه ثم قال صاحب العناية ولعل الاولى أن يقال المولى لم يكن له ملك يد قبل العجز وحصل به فكان تبدلا اهـ ورد عليه الشارح العيني بانه ان لم يكن له ملك يد فله ملك رقبة (أقول) هذا أيضا كلام لغو اذ أن يكون له ملك رقبة قبل العجز لا ينافي تحقق التبدل بالنظر الى ملك اليد وهو كاف في كون ما أدى الى المكاتب من الصدقات طيبا للمولى كما صرحوا به والصواب في الرد عليه ههنا أن يقال هذا الذي ذكره في المآل عين الجواب الذي اختاره جمهور الشراح وأوردوا النظر عليه مع ما في ذلك الجواب من المزية وهي الاشارة الى وجه اعتبارهم تبدل ملك اليد دون بقاء ملك الرقبة بان ملك الرقبة مغلوب في مقابلة ملك اليد فكان اعتبار حال الغالب وهي التبدل أولى من اعتبار حال المغلوب وهي البقاء فلا وجه لايراد النظر على ذلك الجواب وذكر هذا من عند نفسه وادعاء انه أولى من ذلك (قوله لانه لا خبث في نفس الصدقة وانما الخبث في فعل الآخذ الى قوله والاخذ لم يوجد من المولى) قال بعض الفضلاء فعلى هذا لو أباح الفقير للغني أو الهاشمي ينبغي أن يطيب لهما عنده اذ لا أخذ منهما كما

ملك الرقبة كان للمولى فكيف يتحقق تبدل الملك قلنا ملك الرقبة كان للمولى مغلوبا في مقابلة ملك اليد للمكاتب حتى كان التصرف للمكاتب لا للمولى وكان للمكاتب ان يمنعه من التصرف في ملكه وهذا آية كمال ملك اليد للمكاتب ونقصان ملك الرقبة للمولى اذ المكاتب هو الذي يتصرف فيه تصرف الملاك الا المولى ثم بالعجز ينقلب الامر وليس هو الا تبدل الملك للمولى (قوله في حديث بريرة رضي الله عنها) فانها أهدت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ما أخذت من الصدقات وقال عليه الصلاة والسلام هي لها صدقة ولنا هدية (قوله وهذا عند محمد رحمه الله ظاهر) لان العجز عنده يتبدل الملك لان المكاتب اذا عجز فالمولى

فكذلك الجواب على الصحيح وهذا عند محمد رحمه الله ظاهر لانه بالعجز يتبدل الملك فان عنده ان المكاتب اذا عجز ملك المولى أكسابه ملكا مبتدأ ولهذا أوجب نقض الاجارة في المكاتب اذا آجر أمته ظئرا ثم عجز وكذا عند أبي يوسف رحمه الله وان كان بالعجز يتقرر ملك المولى عنده فان للمولى نوع ملك في أكسابه وبالعجز يتأكد ذلك الحق ويصير المكاتب فيما مضى كالعبد المأذون ولهذا اذا آجر المكاتب أمته ظئرا ثم عجز لا يوجب فسخ الاجارة لان الخبث ليس في نفس الصدقة والا لما فارقها أصلا وانما الخبث في فعل الآخذ لكونه اذلالا به وذلك لا يجوز للغني بلا حاجة ولا للهاشمي لزيادة حرمته والاخذ لم يوجد من المولى فصار كابن السبيل اذا وصل الى وطنه والفقير اذا استغنى وقد بقي في أيديهما ما أخذا من الصدقة فانه يطيب لهما وعلى هذا اذا أعتق المكاتب واستغنى يطيب له ما بقي في يده من الصدقة وانما قيل على الصحيح لان بعض المشايخ قالوا على قول أبي يوسف رحمه الله لا يطيب لان المكاتب عنده لا يملك المولى أكسابه ملكا مبتدأ بل كان له نوع ملك في أكسابه وبالعجز يتأكد ذلك كما ذكرنا آنفا وههنا سؤال مشكل وهو أن ملك الرقبة كان للمولى فأنى يتحقق تبدل الملك وأجيب بان ملك الرقبة للمولى كان مغلوبا في مقابلة ملك اليد للمكاتب فان للمكاتب أن يمنع المولى عن التصرف في ملكه وليس للمولى أن يمنع المكاتب عن التصرف في ملكه وبالعجز ينعكس ذلك وليس ذلك الا تبدل الملك للمولى

قال المصنف (ولا يجوز ذلك للغني من غير حاجة وللهاشمي لزيادة حرمته) أقول فعلى هذا لو أباح الفقير للغني أو الهاشمي ينبغي أن يطيب لهما عنده اذ لا أخذ منهما كما لا يخفى (قوله لان الخبث ليس في نفس الصدقة) أقول تعليل لقوله وكذا عند أبي يوسف

وفيه نظر لانالا نسلم ان ذلك تبدل ولئن كان فلا نسلم ان مثله بمنزلة تبدل العين ولعل الاولى أن يقال المولى لم يكن له ملك يد قبل العجز وحصل به فكان تبدلا قال (واذا جنى العبد فكاتبه مولاه الخ) اذا جنى العبد فكاتبه مولاه ولم يعلم بالجناية لم يجعل مختار الفداء و يجب عليه قيمته أما الاول فلعدم علمه بالجناية وأما الثانى فلان الدفع قد تعذر بفعله وهو الكتابة كما لو باعه وهو لا يعلم بالجناية فان عجز خير المولى بين الدفع والاداء والفداء لان هذا أى أحد هذين الامرين موجب جناية العبد فى الاصل والموجب الاصلى لا يترك الا بمانع فان الاصل عبارة عن حالة مستمرة لا تتغير الا بامور ضرورية والمانع عنه حال الكتابة قائم أما عن الفداء فلما مر من عدم العلم وأما عن الدفع فلتعذره بالكتابة فاما اذا عجز فقد زال المانع واذا زال المانع عاد الحكم الاصلى وكذلك أى وكما مر من عود الحكم الاصلى اذا جنى المكاتب ولم يقض به أى بموجب الجناية حتى عجز لما بينا من زوال المانع وان قضى به أى بموجب الجناية عليه أى على المكاتب فى كتابته ثم عجز فهو أى ما قضى به من موجبها دين فى ذمته يباع فيه واعلم أن المكاتب اذا جنى جناية خطأ فانه يسعى فى الاقل من قيمته ومن أرش الجناية لان دفعه متعذر بسبب الكتابة وهو أحق بكسبه وموجب الجناية عند تعذر الدفع على من يكون الكسب له والواجب هو الاقل من القيمة ومن أرش الجناية ألا ترى أن فى جناية المدبر وأم الولد يجب على المولى الاقل من قيمتهما ومن أرش الجناية لانه أحق بكسبهما هكذا ذكره الكرخى رحمه الله وغيره واذا علمت هذا ظهر لك أن الحق قد انتقل بالقضاء من الموجب الاصلى وهو دفع الرقبة الى القيمة قبل زوال المانع فاذا زال لم يعد الحكم الاصلى صيانة للقضاء وهذا قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وقد رجع اليه أبو يوسف رحمه الله آخرا وكان يقول أولا يباع فيه وان عجز قبل القضاء الا أن يقضى المولى عنه وهو قول زفر رحمه الله لان المانع من الدفع وهو الكتابة قائم وقت الجناية فالجناية عند ما وقعت انعقدت موجبة للقيمة كما فى جناية المدبر وأم الولد وقوله من الرقبة الى القيمة وقوله انعقدت موجبة للقيمة يشير الى أن الواجب هو القيمة لا الاقل منها ومن أرش الجناية وهو مخالف لما ذكرنا من رواية الكرخى والمبسوط وعلى هذا يكون تأويل كلامه اذا كانت القيمة أقل من أرش الجناية ولنا القول بالموجب وهو أنا سلمنا أن المانع من الدفع قائم ولكن الكلام فى أنه قابل للزوال أولا ولا شك

قال (واذا جنى العبد فكاتبه مولاه ولم يعلم بالجناية ثم عجز فانه يدفع أو يفدى) لان هذا موجب جناية العبد فى الاصل ولم يكن عالما بالجناية عند الكتابة حتى يصير مختارا للفداء الا أن الكتابة مانعة من الدفع فاذا زال عاد الحكم الاصلى (وكذلك اذا جنى المكاتب ولم يقض به حتى عجز) لما بينا من زوال المانع (وان قضى به عليه فى كتابته ثم عجز فهو دين يباع فيه) لانتقال الحق من الرقبة الى قيمته بالقضاء وهذا قول أبى حنيفة ومحمد وقد رجع أبو يوسف اليه وكان يقول أولا يباع فيه وان عجز قبل القضاء وهو قول زفر لان المانع من الدفع وهو الكتابة قائم وقت الجناية فكما وقعت انعقدت موجبة للقيمة كما فى جناية المدبر وأم الولد

لايخفى اه (أقول) ان لم يوجد منهما الاخذ من يد المتصدق فقد وجد منهما الاخذ من يد الفقير حيث تناولا ما كان فى يده وملكه فقد تحقق فى حقهما هناك سبب الخبث اذ المؤثر فى ايراث الخبث بين أخذ من واحد

يملك اكسابه ملكا مبتدأ حتى لو آجر المكاتب أمته ظئرا ثم عجز تبطل الاجارة عند محمد رحمه الله لز وال الهاعن ملك الآجر وكذلك عند أبى يوسف رحمه الله وان كان بالعجز يتقرر ملك المولى فان للمولى فى كسب المكاتب نوع ملك و بالعجز يتقرر ذلك و يتأكد الا أنه لا خبث فى نفس الصدقة وانما الخبث فى أخذها لكونه اذلالا مع الغنية ومع زيادة الشرف والكرامة لان بالصدقة تسقط الذنوب من المتصدق فيصير المتصدق عليه كالآلة للمتصدق فى حق سقوط الذنوب عنه وليس للمسلم ان يذل نفسه الا عند الحاجة والضرورة فلهذا احل للفقير ولا يحل للهاشمى وان كان محتاجا اليه لان له زيادة حرمة وشرف ليست لغيره والاخذ لم يوجد من المولى وعلى هذا اذا استغنى الفقير وفى يده شئ من الصدقة أو وصل ابن السبيل الى وطنه وفى يده فضل من الصدقة أو عتق المكاتب وفى يده شئ من الصدقة يطيب لهم وفى الاوضح ما بقى فى يد المكاتب بعد العجز من الصدقات لا يطيب للمولى عند أبى يوسف رحمه الله لانه لم يتجدد الملك للمولى عنده (قوله وكذلك اذا جنى المكاتب ولم يقض به حتى عجز) أى فانه يدفع أو يفدى (قوله وان قضى به عليه فى كتابته) أى ان قضى بموجب الجناية على المكاتب فى حال كتابته فهو دين أى قدر قيمة المكاتب دين على المكاتب

(قوله وفيه نظر لانا لا نسلم ان ذلك الخ) أقول وأنت خبير بأن تبدل ملك اليد لا يقبل المنع وكون مثله بمنزلة تبدل العين أيضا كذلك فان ذلك يجعله حلالا طيبا للمولى وهم يجعلونه حلالا بدون هذا التبدل كما فى ابن السبيل اذا وصل الى وطنه والفقير اذا استغنى فبمثله أولى (قوله ولعل الاولى أن يقال الخ) أقول ان أراد أنه لم يكن له ملك أصلا فهو لا يوافق المذهب وان أراد أنه لم يكن له ملك تام يكون عين الجواب المنظور فيه فليتأمل (قوله اذا جنى العبد فكاتبه مولاه ولم يعلم بالجناية لم يجعل مختارا للفداء و يجب عليه قيمته) أقول أى اذا كان قيمته أقل من أرش الجناية والا فالواجب عليه الاقل من قيمته ومن أرش الجناية ثم اعلم ان الضمير فى قوله عليه راجع الى المولى (قوله وكذلك أى وكما مر من عود الحكم الاصلى) أقول والاولى أن تجعل الاشارة الى ما ذكر من المسئلة والتشبيه فى عود الحكم الاصلى (قوله وهو دفع الرقبة الى القيمة الخ) أقول لا يخالف ما قال آنفا ان الموجب الاصلى أحد الامرين لان أحد الامرين كان دفع الرقبة وقد ينقل منه الى القيمة ثم اعلم أن قوله الى القيمة متعلق بقوله وقد انتقل

فى قبوله لامكان انفساخ الكتابة وعدم ثبوت الانتقال فى الحال فيتوقف على القضاء أو الرضا فان قيل قوله ولم يثبت الانتقال فى الحال متنازع فيه لان مذهب زفر رحمه الله أن جناية المكاتب تصير مالا فى الحال من غير توقف على الرضا أو القضاء فما وجه أخذه فى الدليل قلنا ظهوره فان التردد فى زوال المانع بمنع الانتقال لامكان عود الموجب الاصلى فصار كالعبد المبيع اذا أبق قبل القبض فانه يتوقف الفسخ على القضاء لتردده واحتمال عوده بخلاف التدبير والاستيلاد لانهما لا يقبلان الزوال بحال فكان الموجب فى الابتداء هو القيمة قال (واذا مات مولى المكاتب لم تنفسخ الكتابة) الكتابة حق المكاتب لانها سبب حريته وحريته حقه فهى سبب حقه وسبب حق المرء حقه لافضائه الى حصوله فالكتابة حقه فاذا مات المولى لم تنفسخ كى لا يؤدى موته الى ابطال حق غيره ويقال له أد المال الى ورثة المولى على نجومه أى مؤجلا لانه استحق الحرية على هذا الوجه والسبب انعقد كذلك فيبقى بهذه الصفة من غير تغيير وهذا لان المولى لما كان صحيحا صح تصرفه بتأجيل الكل كاسقاطه بخلاف ما اذا كان مريضا وكاتبه فان المكاتب يؤدى ثلثى القيمة حالا أو يرد رقيقا لانه لما كان مريضا لم يصح تصرفه بتأجيل غير الثلث كاسقاطه (قوله الا أن الورثة يخلفونه) استثناء من قوله ولا يتغير قيل وكأنه جواب عما يقال كيف لا يتغير سبب الحرية وقد كان له حق استيفاء البدل فصار للورثة وهو تغير فقال قيامهم مقامه فى الاستيفاء لا يسمى تغييرا فى عقد الكتابة لانها باقية كما كانت فكما أن سائر الديون يخلفونه فيه ولا يسمى ذلك تغيرا فكذلك دين الكتابة (فان أعتقه أحد الورثة لم ينفذ عتقه لانه لم يملكه اذ المكاتب لا يملك بسائر أسباب الملك فكذا بالارث) ولا عتق فيما لا يملكه ابن آدم (وان أعتقوه جميعا عتق) استحسانا وجه القياس ما ذكرنا من عدم الملك ووجه الاستحسان أن يصير اعتاقهم ابراء عن بدل الكتابة فانهم يملكونه لجريان الارث فيه (واذا برئ المكاتب عن) جميع (بدل الكتابة عتق كما اذا أبرأه مولاه) فان قيل فاجعل اعتاق أحد الورثة ابراء عن نصيبه قلنا لا يصح لانا نجعله ابراء اقتضاء تصحيحا لعتقه والعتق لا يثبت فى المكاتب بابراء بعض البدل أو أدائه لا فى بعضه ولا فى كله لان عتقه معلق بسقوط جميع البدل ولهذا لو أبرأ المورث عن بعض البدل لم يعتق منه شئ واذا لم يمكن اثبات المقتضى لا يثبت المقتضى فلا وجه لابراء البعض وكذلك الى ابراء الكل لحق بقية الورثة والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المآب

ولنا أن المانع قابل للزوال للتردد ولم يثبت الانتقال فى الحال فيتوقف على القضاء أو الرضا وصار كالعبد المبيع اذا أبق قبل القبض يتوقف الفسخ على القضاء لتردده واحتمال عوده كذا هذا بخلاف التدبير والاستيلاد لانهما لا يقبلان الزوال بحال قال (واذا مات مولى المكاتب لم تنفسخ الكتابة) كى لا يؤدى الى ابطال حق المكاتب اذ الكتابة سبب الحرية وسبب حق المرء حقه (وقيل له أد المال الى ورثة المولى على نجومه) لانه استحق الحرية على هذا الوجه والسبب انعقد كذلك فيبقى بهذه الصفة ولا يتغير الا أن الورثة يخلفونه فى الاستيفاء (فان أعتقه أحد الورثة لم ينفذ عتقه) لانه لم يملكه وهذا لان المكاتب لا يملك بسائر أسباب الملك فكذا بسبب الوراثة وان أعتقوه جميعا عتق وسقط عنه بدل الكتابة لانه يصير ابراء عن بدل الكتابة فانه حقهم وقد جرى فيه الارث واذا برئ المكاتب عن بدل الكتابة يعتق كما اذا أبرأه المولى الا أنه اذا أعتقه أحد الورثة

وأخذ من آخر اذ اوجد الاذلال بالاخذ بخلاف المولى فيما نحن فيه فانه لم يوجد منه الاخذ لا من يد المتصدق وهو ظاهر ولا من يد العبد فان أكسابه ملك مولاه عند أبى يوسف فبالعجز لا يتبدل الملك فلا يوجد منه الاخذ بل يبقى ملكه فى يده على حاله كما يرشد اليه تشبيهه بابن السبيل اذا وصل الى وطنه والفقير اذا استغنى وقد بقى فى أيديهما ما أخذا من الصدقة فان قلت لا شك انه كان للمكاتب ملك اليد قبل العجز بالاتفاق ولهذا كان له منع المولى عن التصرف فيما فى يده فبالعجز انتقل ذلك منه الى المولى فوجد من المولى الاخذ من يد العبد بهذا الاعتبار قلت ذلك الانتقال ضرورى والاخذ فعل اختيارى فلا يعد ذلك أخذا ولو سلم أن يعد ذلك أخذا فاللازم فيما نحن فيه عند أبى يوسف أخذ المولى ملك نفسه من يد عبده والذى كان سببا للخبث انما هو أخذ ملك الغير من يده وهو يتحقق عند اباحة الفقير للغنى أو الهاشمى فوضح الفرق بين ذلك وبين ما نحن فيه (قوله ولنا أن المانع قابل للزوال للتردد ولم يثبت الانتقال فى الحال فيتوقف على القضاء أو الرضا) قال صاحب العناية فان قيل قوله ولم

(قوله ولنا أن المانع قابل للزوال للتردد) أى لاحتمال انفساخ الكتابة ولم يثبت الانتقال فى الحال أى من الرقبة الى القيمة فيتوقف على القضاء والرضا وحاصله ان جناية المكاتب عندنا لا تصير مالا الا بقضاء أو رضا أو بالموت عن وفاء وعند زفر رحمه الله تصير مالا فى الحال له ان المانع من الدفع قائم وقت الجناية وهو الكتابة فأوجب ان يصير موجبه القيمة بنفس الوقوع كجناية المدبر وأم الولد ولنا ان الاصل فى جنايات العبيد وجوب الدفع الا أن يتعذر التسليم لوجود المانع عن الانتقال من ملك والمانع هنا قابل للفسخ والزوال فلما كان المانع مترددا لم يثبت الانتقال عن الموجب الاصلى الا بالقضاء أو الرضا (قوله وسبب حق المرء حقه) أى الكتابة سبب الحرية والحرية حقه وسبب حق المرء حقه فتكون الكتابة حقه والحق لا يبطل بالموت كما اذا كان له دين على آخر (قوله الا أن الورثة يخلفونه) أى بهذا القدر ولا يتغير الحق كما اذا كان له دين على الرجل ومات رب الدين فورثته يخلفونه بالاستيفاء ويبرأ بالاداء اليهم حيث يبرأ اذا أدى الى المورث (قوله ولا يصير ابراء عن نصيبه) لانه لم يوجد الابراء نصا وانما جعلنا اعتاق الكل ابراء عن البدل اقتضاء تصحيحا لاعتاقهم فانهم لا يملكون اعتاق المكاتب الا فى ضمن ابرائه عن كل بدل الكتابة ومن ضرورته ثبوت العتق

لا يصير ابراء عن نصيبه لانا نجعله ابراء اقتضاء تصحيحا لعتقه والعتق لا يثبت بابراء البعض أو أدائه فى المكاتب لا فى بعضه ولا فى كله ولا وجه الى ابراء الكل لحق بقية الورثة والله أعلم

(كتاب الولاء)

الولاء نوعان ولاء عتاقة ويسمى ولاء نعمة وسببه العتق على ملكه فى الصحيح حتى لو عتق قريبه عليه بالوراثة

يثبت الانتقال فى الحال متنازع فيه لان مذهب زفر رحمه الله أن جناية المكاتب تصير مالا فى الحال من غير توقف على الرضا أو القضاء فاوجه أخذه فى الدليل قلنا ظهوره فان التردد فى زوال المانع يمنع الانتقال لامكان عود الموجب الاصلى اه كلامه (أقول) فيه بحث اذ للمانع أن يمنع أن مجرد التردد فى زوال المانع يمنع الانتقال كيف وهذا التردد متحقق فيما اذا عجز بعد القضاء أيضا مع ثبوت الانتقال هناك بالاتفاق فلم لا يجوز أن لا يمنع ههنا أيضا كما هو مذهب زفر وقول أبى يوسف أولا فن أين يثبت الظهور ولو سلم أن مجرد التردد فى زوال المانع يمنع الانتقال فى الحال لزم أن يكون قول المصنف ولم يثبت الانتقال فى الحال مستدركا بعد أن قال ان المانع قابل للزوال للتردد أو كان حقه أن يقول فلم يثبت الانتقال فى الحال بالتفريع على ما قبله كما لا يخفى على ذى مسكة وكأن صاحب الكافى تنبه لهذا حيث قال ولما كان المانع مترددا لم يثبت الانتقال عن الموجب الاصلى الا بالقضاء أو الرضا

(كتاب الولاء)

أورد كتاب الولاء عقيب كتاب المكاتب لان الولاء من آثار التكاتب بزوال ملك الرقبة عند أداء بدل الكتابة وهو وان كان من آثار الاعتاق أيضا الا أن موجبات ترتيب الكتب السابقة ساقت التكاتب الى هذا الموضع فوجب تأخير كتاب الولاء عن كتاب المكاتب لئلا يتقدم الاثر على المؤثر ثم ان الولاء لغة مشتق من الولى وهو القرب وحصول الثانى بعد الاول من غير فصل ويسمى ولاء العتاقة وولاء الموالاة به لان حكمهما وهو الارث يقرب ويحصل عند وجود شرطه من غير فصل وقيل الولاء والولاية بالفتح النصرة والمحبة الا أنه اختص فى الشرع بولاء العتق وولاء الموالاة فالولاء شرعا عبارة عن التناصر سواء كان بالاعتاق أو بعقد الموالاة ولهذا قال فى المبسوط والمطلوب بكل واحد منهما التناصر كذا فى النهاية ومعراج الدراية (أقول) فيه فتور أما أولا فلأن الظاهر أن الولى صفة الثانى من المتقاربين كما يفصح عنه قوله وحصول الثانى بعد الاول من غير فصل فهو فيما نحن فيه صفة حكم ولاء العتاقة وولاء الموالاة لا صفة أنفسهما فكيف تحسن تسميتهما بما لا يقوم معنى مأخذ اشتقاقه بهما بل بما هو خارج عنهما وهو حكمهما وأما ثانيا فلأن ما ذكر فى المبسوط من أن المطلوب بكل واحد منهما التناصر انما يدل على كون التناصر غيرهما لا نفسهما اذ لا يخفى على الفطن أن المطلوب بالشئ لا يكون نفسه بل يكون أمرا مغايرا له اذ لا معنى لكون الشئ وسيلة الى نفسه فكيف يتم الاستشهاد على كون ولاء العتاقة وولاء الموالاة فى الشرع عبارة عن التناصر بأن قال فى المبسوط والمطلوب بكل واحد منهما التناصر وقال فى العناية الولاء فى اللغة عبارة عن النصرة والمحبة وهو مشتق من الولى وهو القرب

بخلاف ما أعتقه أحد الورثة فانا لو جعلناه ابراء عن بعض بدل الكتابة بطريق الاقتضاء لم يلزم من ذلك ثبوت العتق لا فى كله ولا فى جزئه فالحاصل ان المقتضى ما لم يكن مذكورا يقدر مذكورا التصحيح المذكور شرعا كاعتاق جميع الورثة للمكاتب أمكن تصحيحه بثبوت الابراء عن جميع بدل الكتابة اذ هو حقهم وقد جرى فيه الارث وان كانوا لا يملكون رقبة المكاتب ارثا بطريق اقتضاء فاثبتنا المقتضى لتصحيح المقتضى فاما البراءة عن بعض بدل الكتابة لا تكون مصححا للعتق اذ المكاتب عبد ما بقى عليه درهم فلا تثبت البراءة عن بدل الكتابة باعتاق بعض الورثة لا تنصيصا ولا اقتضاء

(كتاب الولاء)

هو من الولى بمعنى القرب ويقال بينهما ولاء أى قرابة ومنه قوله عليه الصلاة والسلام الولاء لحمة كلحمة النسب أى وصلة كوصلة النسب (قوله الولاء نوعان) أى الولاء المستعمل فى اصطلاح الشرع وهو الذى يقع

(كتاب الولاء)

أورد كتاب الولاء عقيب المكاتب لانه من آثار زوال ملك الرقبة وقد ساق موجب ترتيب الابواب على النهج المتقدم الى هذا الموضع فوجب تأخير كتاب الولاء عن كتاب المكاتب لئلا يتقدم الاثر على المؤثر والولاء فى اللغة عبارة عن النصرة والمحبة وهو مشتق من الولى وهو القرب وحصول الثانى بعد الاول من غير فصل وفى عرف الفقهاء عبارة عن تناصر يوجب الارث والعقل قال (الولاء نوعان) يتنوع الولاء باختلاف السبب الى نوعين فالاول (ولاء عتاقة ويسمى ولاء نعمة) اقتفاء بقوله تعالى واذ تقول للذى أنعم الله عليه وأنعمت عليه أى بالاعتاق وهو زيد (وسببه العتق على ملكه فى الصحيح)

(كتاب الولاء)

كان الولاء له وولاء موالاة وسببه العقد ولهذا يقال ولاء العتاقة وولاء الموالاة والحكم يضاف الى سببه والمعنى فيهما التناصر وكانت العرب تتناصر بأشياء وقرر النبي صلى الله عليه وسلم تناصرهم بالولاء بنوعيه فقال ان مولى القوم منهم وحليفهم منهم والمراد بالحليف مولى الموالاة لانهم كانوا يؤكدون الموالاة بالحلف

وحصول الثانى بعد الاول من غير فصل وفى عرف الفقهاء عبارة عن تناصر يوجب الارث والعقل اه (أقول) فيه خلل لان الولاء المشتق من الولى الذى هو القرب لا يكون عبارة عن النصرة والمحبة بل يكون عبارة عن القرابة لان الاشتقاق أن يجد بين اللفظين تناسبا فى اللفظ والمعنى ولا تناسب فى المعنى بين الولى الذى معناه القرب و بين الولاء بمعنى النصرة والمحبة وانما التناسب فى اللفظ والمعنى بين الولى بمعنى القرب و بين الولاء بمعنى القرابة وعن هذا قال فى الكافى والكفاية هو من الولى بمعنى القرب و يقال بينهما ولاء اى قرابة ومنه قوله عليه الصلاة والسلام الولاء لحمة كلحمة النسب أى وصلة كوصلة النسب اه فالولاء الذى يكون عبارة عن النصرة والمحبة انما يشتق من الولاية بالفتح بمعنى النصرة وعن هذا قال فى النهاية ومعراج الدراية بعد بيان كون الولاء فى اللغة مشتقا من الولى بمعنى القرب وقيل الولاء والولاية بالفتح النصرة والمحبة الا أنه اختص فى الشرع بولاء العتاقة وولاء الموالاة اه وقال فى التبيين هو من الولى فهو قرابة حكمية حاصلة من العتق أو الموالاة ثم قال أو من الموالاة وهى مفاعلة من الولاية بالفتح وهو النصرة والمحبة الا انه اختص فى الشرع بولاء العتاقة وولاء الموالاة اه فقد ظهر أن قول صاحب العناية الولاء فى اللغة عبارة عن النصرة والمحبة وهو مشتق من الولى وهو القرب خلط بين المعنيين واخلال بحق البيان (قوله وسببه العتق على ملكه فى الصحيح حتى لو عتق قريبه عليه بالوراثة كان الولاء له) انما قيد بقوله فى الصحيح احترازا عن قول أكثر أصحابنا فانهم يقولون سببه الاعتاق ويستدلون بقوله عليه الصلاة والسلام الولاء لمن أعتق ولكنه ضعيف فان من ورث قريبه فعتق عليه كان ولاؤه له ولا اعتاق هناك فالصحيح أن سببه العتق على ملكه ألا يرى أنه يقال ولاء العتاقة ولا يقال ولاء الاعتاق والحكم يضاف الى سببه وأما قوله عليه الصلاة والسلام الولاء لمن أعتق فالمراد ان الولاء بسبب العتق لا بسبب الاعتاق فان فى الاعتاق عتقا بدون العكس هذا زبدة ما فى جملة الشروح ههنا وقال فى البدائع أما سبب ثبوته فالعتق سواء كان العتق حاصلا بصنعه وهو الاعتاق أو ما يجرى مجرى الاعتاق شرعا كشراء القريب وقبول الهبة والصدقة والوصية أو بغير صنعه بان ورث قريبه وسواء أعتقه طوعا أو عن واجب عليه كالاعتاق عن كفارة القتل والظهار والافطار واليمين والنذر وسواء كان الاعتاق بغير بدل أو ببدل وهو الاعتاق على مال وسواء كان منجزا أو معلقا بشرط أو مضافا الى وقت وسواء كان صريحا أو يجرى مجرى الصريح أو كناية أو يجرى مجرى الكناية وكذا العتق الحاصل بالتدبير والاستيلاد والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم الولاء لمن أعتق من غير فصل الى هنا لفظ البدائع (أقول) كون الحديث المذكور أصلا فى حق الصور المزبورة كلها محل نظر فان فى صورة ان كان العتق حاصلا بغير صنعه كما اذا ورث قريبه لا يوجد الاعتاق فلا تندرج تحت قوله عليه الصلاة والسلام الولاء لمن أعتق فليتامل فى الدفع (قوله والمعنى فيهما التناصر) قال صاحب العناية قوله والمعنى فيهما التناصر بيان مفهومهما الشرعى اه (أقول) فيه بحث اذ ليس مفهومهما الشرعى مطلق التناصر بل تناصر يوجب الارث والعقل كما صرح به الشارح المزبور وغيره وبهذا الخصوص يمتاز مفهومهما الشرعى عن مفهومهما اللغوى كما عرفت فلو كان مراد المصنف بقوله المذكور بيان مفهومهما الشرعى لما أطلق التناصر بل خصصه بما هو المعتبر فى مفهومهما الشرعى على أنه لو كان مراده بيان مفهومهما لغويا كان أو شرعيا لقال ومعناهما التناصر دون أن يقول والمعنى فيهما التناصر كما لا يخفى على من له دربة باساليب الكلام والحق أن مراد المصنف بقوله المذكور بيان المقصود منهما لا بيان مفهومهما وعن هذا قال صاحب الكافى بدل قول المصنف والمعنى فيهما

وقوله فى الصحيح احتراز عن قول أكثر أصحابنا ان سببه الاعتاق استدلالا بقوله صلى الله عليه وسلم الولاء لمن أعتق وانما كان ذلك صحيحا لانه لو عتق على الرجل قريبه بالوراثة كان الولاء له ولا اعتاق فجعل العتق سببا أولى لعمومه والثانى ولاء موالاة وسببه العقد على ما سنذكر (قوله ولهذا يقال ولاء العتاقة وولاء الموالاة) بيان لسبب النوعين فان كلا منهما يضاف الى شئ والاضافة تدل على السببية كما عرف فى الاصول وقوله (والمعنى فيهما التناصر) بيان مفهومهما الشرعى (قوله وكانت العرب تتناصر بأشياء) بيان وجوه التناصر فيهما فان العرب كانت تتناصر بهما و بالحلف والمناطاة (و) قد (قرر النبى صلى الله عليه وسلم تناصرهم بالولاء بنوعيه فقال ان مولى القوم منهم وحليفهم

(قوله استدلالا بقوله عليه الصلاة والسلام الخ) أقول ويجيء جواب استدلالهم بعد سطور (قوله فجعل العتق سببا أولى لعمومه) أقول الاصوب تبديل الاولى بالصواب (قوله بيان لسبب النوعين) أقول أى لسببية سببهما

به التناصر نوعان ولاء عتاقة و يسمى ولاء نعمة قال الله تعالى واذ تقول للذى أنعم الله عليه وأنعمت عليه

قال (واذا أعتق المولى مملوكه فولاؤه له) لقوله عليه الصلاة والسلام الولاء لمن أعتق ولان التناصر به فيعقله وقد أحياه معنى بازالة الرق عنه فيرثه ويصير الولاء كالولاد

التناصر والمطلوب بكل واحد منهما التناصر كما قال فى المبسوط أيضا كذلك كما مر تدبر ترشد (قوله واذا أعتق المولى مملوكه فولاؤه له لقوله عليه الصلاة والسلام الولاء لمن أعتق قال صاحب العناية وجه الاستدلال أن الحكم اذا ترتب على مشتق دل على أن المشتق منه علة لذلك الحكم اه (أقول) لا يذهب عليك أن حل هذا المحل بهذا الوجه ليس بسديد اذ لاشك أن المطلوب بهذه المسئلة بيان من له الولاء لابيان علة الولاء والوجه المذكور انما يفيد الثانى دون الاول فلا يتم التقريب والصواب أن وجه الاستدلال ههنا هو أن لام الجنس فى قوله عليه الصلاة والسلام الولاء ولام الاختصاص فى قوله لمن أعتق تدلان على أن جنس الولاء لمن أعتق دون غيره كما قالوا فى قوله تعالى الحمد لله دل بلامى الجنس والاختصاص على اختصاص جنس المحامد بالله تعالى ثم قال صاحب العناية فان قيل الاستدلال به على هذا الوجه يناقض جعل العتق سببا لأن أعتق مشتق من الاعتاق فالجواب أن الاصل فى الاشتقاق هو مصدر الثلاثى وهو العتق انتهى كلامه (أقول) فى جوابه نظر لان كون مصدر الثلاثى أصلا فى الاشتقاق لا يستدعى كونه أصلا فى العلية لترتب الحكم على المشتق من المزيد عليه كما فيما نحن فيه فان كثيرا من مصادر المزيدات يصلح علة لما لا يصلح له مصادر الثلاثى ألا يرى أن الاعتاق مثلا يكون علة للعتق ولا ريب أن العتق لا يكون علة لنفسه الى غير ذلك من الصور ومدار السؤال على العلية فلا يدفعه الجواب المزبور (قوله ولان التناصر به فيعقله وقد أحياه معنى بازالة الرق عنه فيرثه ويصير الولاء كالولاد) قال صاحب العناية فى شرح هذا المقام قوله ولان التناصر به أى بسبب الاعتاق دليل على الأثرين الثابتين به وهو العقل والميراث وتقريره المولى ينتصر بمولاه بسبب العتق ومن ينتصر بشخص يعقله لان الغنم بالغرم فحيث يغنم بنصره يغرم عقله والمولى أحياه معنى بازالة الرق عنه لان الرقيق هالك حكما ألا يرى أنه لا يثبت فى حقه كثير من الاحكام التى تعلقت بالاحياء نحو القضاء والشهادة والسعى الى الجمعة والخروج الى العيدين وأشباه ذلك وبالاعتاق تثبت هذه الاحكام فى حقه فكان احياء معنى ومن أحيا غيره معنى ورثه كالوالد فيصير الولاء كالولاد والولاد يوجب الارث فكذلك الولاء اه كلامه (أقول) فى أوائل تقريره الدليل خلل لانه اعتبر النصر فى جانب المولى بمعنى المعتق بالفتح والانتصار فى جانب المولى بمعنى المعتق بالكسر كما لا يخفى على من تامل فى بسط كلامه سيما فى قوله فحيث يغنم بنصره يغرم عقله والظاهر أن الامر بالعكس اذ المعتق بالفتح ينتصر بنصر المعتق بالكسر حيث ينال شرف الحرية بسبب اعتاق ذلك اياه فهو الغانم وأيضا قد استدل على أن من ينتصر بشخص يعقله بان الغنم بالغرم وليس بصحيح لانه ان رجع ضمير الفاعل المستتر فى يعقله الى من ينتصر كما هو الظاهر من سوق كلامه لم يصح المدعى فى نفسه ومع ذلك لا يطابقه الدليل المذكور أما عدم صحة المدعى فى نفسه فلان العاقل فى الشرع هو الناصر لا المنتصر على ما تقرر فى موضعه وأما عدم مطابقة الدليل المذكور اياه فلان المدعى حينئذ وجوب العقل الذى هو الغرم بالانتصار الذى هو الغنم والدليل المذكور انما يفيد عكس ذلك فالدليل المطابق له عكس ماذكر وهو الغرم بالغنم كما هو نظم الحديث الشريف على ماذكر فى كتب الحديث ومر فى هذا الكتاب أيضا فى باب النفقة من كتاب الطلاق

أى أنعم الله بالاسلام فانه منت عليه بالعتق وسببه العتق على ملكه فى الصحيح هذا احتراز عن قول أكثر أصحابنا فانهم يقولون سبب هذا الولاء اعتاق ويستدلون بقوله عليه السلام الولاء لمن أعتق ولكنه ضعيف فان من ورث قريبه فعتق عليه كان مولى له ولا اعتاق هنا والاصح ان سببه العتق على ملكه لان الحكم يضاف الى سببه يقال ولاء العتاقة ولا يقال ولاء الاعتاق كذا فى المبسوط (قوله وقد أحياه معنى) لان الرق أثر الكفر والكفر موت حكمى ألا يرى الى قوله تعالى أومن كان ميتا فاحييناه أى كافرا فهديناه فكان فى معنى الولاد من حيث ان سبب حياة الولد انما هو الوالد فيرثه كهو فان قيل ينبغى ان يرث المعتق من المولى

منهم والمراد بالحليف مولى الموالاة لانهم كانوا يؤكدون الموالاة بالحلف قال (واذا أعتق المولى مملوكه الخ) اذا أعتق المولى مملوكه كان الولاء له لقوله صلى الله عليه وسلم الولاء لمن أعتق ووجه الاستدلال أن الحكم اذا ترتب على مشتق دل على أن المشتق منه علة لذلك الحكم فان قيل الاستدلال به على هذا الوجه يناقض جعل العتق سببا لان أعتق مشتق من الاعتاق فالجواب أن الاصل فى الاشتقاق هو مصدر الثلاثى وهو العتق وقوله (ولان التناصر به) أى بسبب الاعتاق دليل على الاثرين الثابتين به وهما العقل والميراث وتقريره المولى ينتصر بمولاه بسبب العتق ومن ينتصر بشخص يعقله لان الغرم بالغنم فحيث يغنم بنصره يغرم عقله والمولى أحياه معنى بازالة الرق عنه لان الرقيق هالك حكما ألا يرى أنه لا يثبت فى حقه كثير من

قوله ووجه الاستدلال أن الحكم اذا ترتب على مشتق) أقول وأنت خبير بان المراد من قوله اذا أعتق الخ ليس بيان علة الولاء حتى يكون وجه الاستدلال ماذكره (قوله فالجواب أن الاصل الخ) أقول فيه تامل

ولان الغنم بالغرم وكذا المرأة تعتق لما رو ينا ومات معتق لابنة حمزة رضي الله عنهما عنها وعن بنت فجعل النبي عليه الصلاة والسلام المال بينهما نصفين و يستوي فيه الاعتاق بمال و بغيره لاطلاق ما ذكرناه قال (فان شرط أنه سائبة فالشرط باطل والولاء لمن أعتق) لان الشرط مخالف للنص فلا يصح قال (واذا أدى المكاتب عتق و ولاؤه للمولى وان عتق بعد موت المولى) لانه عتق عليه بما باشر من السبب وهو الكتابة وقد قررناه في المكاتب (وكذا العبد الموصى بعتقه أو بشرائه وعتقه بعد موته) لان فعل الوصي بعد موته كفعله والتركة على حكم ملكه (وان مات المولى عتق مدبروه وأمهات أولاده) لما بينا في العتاق (و ولاؤهم له) لانه أعتقهم بالتدبير والاستيلاد (ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه) لما بينا في العتاق (و ولاؤه له) لوجود السبب وهو العتق عليه (واذا تزوج عبد رجل أمة لآخر فاعتق مولى الامة وهي حامل من العبد عتقت وعتق حملها وولاء الحمل لمولى الام لا ينتقل عنه أبدا) لانه عتق على معتق الام مقصودا اذ هو جزء منها يقبل الاعتاق مقصودا

وان رجع ذلك الضمير الى شخص في قوله من ينتصر بشخص لم يصح الدليل المذكور أصلا لان الغانم هو المنتصر بشخص والغارم هو ذلك الشخص الناصر فلم يجتمع الغنم والغرم في شخص واحد حتى يصح الاستدلال بان الغنم بالغرم اذ لا شك ان غنم شخص لا يصير سببا لغرم شخص آخر ولا العكس * ثم أقول الصواب ان مراد المصنف بقوله ولان التناصر به فيعقله هو ان المعتق بالفتح ينتصر بنصر المعتق بالكسر بسبب اعتاقه اياه فيعقله أي فيعقل المعتق بالكسر المعتق بالفتح بناء على ان مدار العقل أن يكون ناصرا كما تقرر في كتاب المعاقل حيث صرحوا فيه بان وجه ضم العاقلة الى الجاني في الدية دون غيرهم هو أن الجاني انما نصر القوة فيه و تلك بانصاره وهم العاقلة فكانوا هم المقصرين في تركهم مراقبته فخصوا بالضم اليه (قوله ولان الغنم بالغرم) قال صاحب العناية قوله ولان الغنم بالغرم يخدم الوجهين فلهذا أخره اه (أقول) يريد بالوجهين العقل والارث لكنه منظور فيه أما أولا فلما نبهنا عليه فيما مر آنفا من أن الدليل على أن يعقل المعتق انما هو كون الغرم بالغنم لا كون الغنم بالغرم والمذكور ههنا هو الثاني فكيف يخدم الوجه الاول وأما ثانيا فلانه جعل قول المصنف فيما قبل ولان التناصر به فيعقله مبنيا على كون الغنم بالغرم كما عرفت فكيف ينتظم حينئذ واو العطف في قول المصنف ولان الغنم بالغرم بالنظر الى الوجه الاول والعطف يقتضي المغايرة بين المعطوف والمعطوف عليه على أنا لو جعلنا قول المصنف ولان الغنم بالغرم دليلا على الوجهين معا آل المعنى الى انه انما يعقله لانه يرثه وانما يرثه لانه يعقله فأدى الى الدور كما لا يخفى فالصواب عندي ان قول المصنف ولان الغنم بالغرم دليل على الوجه الثاني فقط وهو الارث معطوف بحسب المعنى على قوله وقد أحياه معنى بازالة الرق فكانه قال لانه أحياه معنى بازالة الرق عنه فيرثه ولان الغنم بالغرم فحيث يغرم عقله يرث ماله كما ان قوله فيما سيأتي ومات معتق لابنة حمزة رضي الله عنهما الخ معطوف على قوله لما رو ينا معنى كما صرح به الشارح المزبور وغيره هناك ونظائر هذا أكثر من ان تحصى (قوله واذا تزوج عبد رجل أمة لآخر فاعتق مولى الامة الامة وهي حامل من العبد عتقت وعتق حملها وولاء الحمل لمولى الام لا ينتقل عنه أبدا) هذا لفظ القدوري قال المصنف في تعليله لانه عتق على معتق الام مقصودا فلا ينتقل ولاؤه

أيضا اذا لم يترك المولى عصبة نسبية كما هو قول الحسن بن زياد رحمه الله قلنا المعتق أجنبي عنه وقد جاء في المعتق نص مخالف للقياس فلا يقاس عليه غيره (قوله وان شرط انه سائبة) عبد سائبة أي لا ولاء بينه وبين معتقه من ساب أي جرى وذهب كل مذهب أي أعتق رجل عبده وشرط ان لا يرثه فالشرط باطل (قوله واذا أدى المكاتب عتق وولاؤه للمولى) لان سبب الولاء العتق على الملك وقد عتق على ملكه اذ المكاتب لا يورث وكذلك المدبر لا يورث فيعتق على ملكه أيضا (قوله لانه عتق على معتق الام مقصودا) وانما قلنا أنه صار

الاحكام التي تعلقت بالاحياء نحو القضاء والشهادة والسعي الى الجمعة والخروج الى العيدين وأشباه ذلك وبالاعتاق تثبت هذه الاحكام في حقه فكان احياء معنى ومن أحيا غيره معنى ورثه كالوالد فيصير الولاء كالولاد والولاد يوجب الارث فكذلك الولاء ولانه ثبت أنه يعقله فيرثه لان الغنم بالغرم فقوله (ولان الغنم بالغرم) يخدم الوجهين فلهذا أخره (قوله وكذا المرأة تعتق) يعني ان ولاء معتقها لها لما رو ينا من قوله صلى الله عليه وسلم الولاء لمن أعتق وقوله (ومات معتق لابنة حمزة رضي الله عنهما) معطوف على قوله لما رو ينا معنى ذكره استدلالا على ثبوت الولاء للمرأة (روي أن بنت حمزة رضي الله عنهما أعتقت غلاما لها ثم مات المعتق وترك ابنته فجعل النبي صلى الله عليه وسلم المال بينهما نصفين و يستوي في ثبوت الولاء الاعتاق بمال و بغيره) والعتق بقرابة أو كتابة عند الاداء أو تدبير أو استيلاد بعد الموت وسواء كان العتق حاصلا ابتداء أو بجهة الواجب ككفارة اليمين وما أشبهها (لاطلاق ما ذكرناه) يعني قوله صلى الله عليه وسلم الولاء لمن أعتق وما ذكره من المعنى المعقول (فان شرط أنه سائبة) أي يكون حرا ولا ولاء بينه وبين معتقه (فالشرط باطل والولاء لمن أعتق لان الشرط مخالف للنص فلا يصح) قال (واذا أدى المكاتب) كلامه ظاهر لا يحتاج الى شرح وذكر مسئلة جر الولاء و بين مواضع الجر عن غيره والاصل في ذلك ان العتق اذا وقع مقصودا على الولد لا ينتقل ولاؤه أبدا وان وقع تبعا لامه ثم أعتق الاب جر ولاء ابنه الى مواليه وعلى هذا اذا أعتق الرجل أمة و ولدها عتقا وولاؤهما له فان أعتق الاب بعد ذلك لا يجر ولاءه لانه لما كان منفصلا عن الام كان مملوكا لمالك الام والعتق تناوله مقصودا فلا يتبع أحدا

واذا أعتقت الام وهى حامل أو أعتقت وولدت بعد العتق لاقل من ستة أشهر أو ولدت أحد التوأمين لاقل من ستة أشهر بيوم ثم أعتق الاب رجل آخر فكذلك لا ينتقل الولاء الى موالى الاب لان المولى قصد اعتاق الام والقصد اليها بالاعتاق قصد الى جميع أجزائها والحمل جزء منها فان كان الحمل ظاهرا وقت الاعتاق فواضح وان ولدت لاقل من ستة أشهر حصل اليقين بقيامه فيه وكذا اذا ولدت أحد التوأمين لانهما يتعلقان معا فان قيل الحبلى اذا والت رجلا والزوج والى غيره كان ولاء الولد لمولى الاب فما الفرق أجيب بان الجنين غير قابل لهذا الولاء مقصودا لان تمامه بالايجاب والقبول وهو ليس بمحل له واذا أعتقها ثم ولدت لاكثر من ستة أشهر فولاؤه لموالى الام لانها لما ولدت لذلك لم يتيقن لقيام الحمل وقت الاعتاق حتى يعتق مقصودا فيعتق تبعا للام لاتصاله بها بعد عتقها فيتبعها فى الولاء فان عتق الاب جر ولاء ابنه الى مواليه لان الولاء بمنزلة النسب قال صلى الله عليه وسلم الولاء لحمة كلحمة النسب الحديث ثم النسب الى الآباء فكذلك الولاء والنسبة الى موالى الام كانت ضرورة عدم أهلية الاب لرقه فاذا صار أهلا عاد الولاء اليه كما ان ولد الملاعنة ينتسب الى قوم الام ضرورة فاذا أكذب الملاعن نفسه عاد انتساب الولاء اليه ونوقض قوله فاذا صار أهلا عاد الولاء اليه بما اذا أعتقت المعتدة عن موت بان كانت الامة امرأة مكاتب فمات عن وفاء أو أعتقت المعتدة عن طلاق فجاءت بولد لاقل من سنتين من وقت الموت أو الطلاق حيث يكون الولد مولى لموالى الام لم ينتقل عنهم وان أعتق الاب والجواب أن العود اليه بعود الاهلية ولم يثبت بهذا العتق للاب

يكون

فلا ينتقل ولاؤه عنهم لما مر وبينا (وكذلك اذا ولدت ولدا لاقل من ستة أشهر) للتيقن بقيام الحمل وقت الاعتاق (أو ولدت ولدين أحدهما لاقل من ستة أشهر) لانهما توأمان يتعلقان معا وهذا بخلاف ما اذا والت رجلا وهى حبلى والزوج والى غيره حيث يكون ولاء الولد لولى الاب لان الجنين غير قابل لهذا الولاء مقصودا لان تمامه بالايجاب والقبول وهو ليس بمحل له قال (فان ولدت بعد عتقها لاكثر من ستة أشهر ولدا فولاؤه لموالى الام) لانه عتق تبعا للام لاتصاله بها بعد عتقها فيتبعها فى الولاء ولم يتيقن بقيامه وقت الاعتاق حتى يعتق مقصودا (فان أعتق الاب جر ولاء ابنه وانتقل عن موالى الام الى موالى الاب) لان العتق ههنا فى الولد يثبت تبعا للام بخلاف الاول وهذا لان الولاء بمنزلة النسب قال عليه الصلاة والسلام الولاء لحمة كلحمة النسب لا يباع ولا يوهب ولا يورث ثم النسب الى الآباء فكذلك الولاء والنسبة الى موالى الام كانت لعدم أهلية الاب ضرورة فاذا صار أهلا عاد الولاء اليه كولد الملاعنة ينسب الى قوم الام ضرورة فاذا أكذب الملاعن نفسه ينسب اليه بخلاف ما اذا أعتقت المعتدة عن موت أو طلاق فجاءت بولد لاقل من سنتين من وقت الموت أو الطلاق حيث

عنه لما مر وبينا وقال الشراح انما صار الحمل معتقا مقصودا لان المولى قصد اعتاق الام والقصد اليها بالاعتاق قصد الى جميع أجزائها والحمل جزء منها فصار معتقا مقصودا اهـ (أقول) يرى المخالفة بين ما ذكروا ههنا وبين ما ذكره المصنف فى كتاب العتاق فانه قال هنالك وان أعتق حاملا عتق حملها تبعا لها اذ هو متصل بها اهـ والظاهر منه أن يصير الحمل معتقا تبعا البتة لا مقصودا فليتأمل فى التوفيق (قوله فان أعتق الاب جر ولاء ابنه وانتقل عن موالى الام الى موالى الاب) قال فى الكافى فان قيل الولاء كالنسب والنسب لا يحتمل الفسخ بعد ثبوته فكذا الولاء يجب أن لا ينفسخ بعد ثبوته قلنا لا ينفسخ ولكن حدث ولاء أولى منه فقدم عليه كما نقول فى الاخ انه عصبة فاذا حدث من هو أولى منه فى الارث لا يبطل تعصيبه ولكن يقدم عليه اهـ وذكر فى غاية البيان أيضا هذا السؤال والجواب نقلا عن الشيخ أبى نصر (أقول) فى الجواب اشكال وهو انه لو لم ينفسخ الولاء بل قدم عليه ولاء أولى منه فى الارث لزم أن ترث موالى الام عند انقطاع موالى الاب بعد انتقال الولاء عن مواليها الى مواليه كما هو الحال فى العصبة الادنى عند انقطاع العصبة الاولى منه كالاخ عند عدم الابن والاب ولم يرو عن أحد أن يرث موالى الام بالولاء فى حال بعد أن انتقل عنهم الولاء بالجر (قوله بخلاف ما اذا أعتقت المعتدة عن موت أو طلاق فجاءت بولد لاقل من سنتين من وقت الموت أو الطلاق الخ) قال صاحب النهاية ومعراج الدراية

معتقا مقصودا لان الجنين هو جزء الام والمولى أوقع العتق على جميع أجزائها مقصودا فيكون معتقا الجنين الذى هو جزؤها مقصودا أيضا كذا ذكره شيخ الاسلام رحمه الله (قوله أو ولدت ولدين أحدهما لاقل من ستة أشهر) أى بيوم مثلا والآخر بعدها (قوله لان الجنين غير قابل لهذا الولاء مقصودا) بخلاف ولاء العتاقة فان الجنين يصير مقصودا بالاعتاق لانه محل لاضافة العتق اليه وبعد ما صار مقصودا لا يمكن ان يجعل تابعا لغيره فى الولاء عليه (قوله لان تمامه بالايجاب والقبول) وهو ليس بمحل له فكان تابعا فى الولاء فيجعل تابعا للاب لان الاب هو الاصل فى الولاء لكونه بمنزلة النسب (قوله بخلاف ما اذا أعتقت المعتدة عن موت أو طلاق فجاءت بولد لاقل من سنتين) وفى بعض النسخ لاكثر من سنتين والصحيح من الرواية لاقل من سنتين

(قوله واذا أعتقت الام وهى حامل) أقول أى ظاهرة الحمل كما يشير اليه قوله فان كان الحمل ظاهرا وقت الاعتاق (قوله لانها لما ولدت لذلك لم يتيقن لقيام الحمل وقت الاعتاق) أقول لا يخفى عليك ما فى هذا التعليل من عدم المطابقة للمعلل فالظاهر أن يقول فولاؤه لموالى الام تبعا حتى تحصل المطابقة (قوله ونوقض قوله فاذا صار الخ) أقول الظاهر ان النقض على قوله اذا لم يتيقن لقيام الحمل وقت الاعتاق يعتق الحمل تبعا ويجر الاب ولاءه فانه اذا جاءت به لاكثر من ستة أشهر لا يتيقن به فاجاب بمنع عدم التيقن فتأمل

يكون الولد مولى لموالى الام وان أعتق الاب لتعذر اضافة العلوق الى ما بعد الموت والطلاق البائن لحرمة الوطء وبعد الطلاق الرجعى لما أنه يصير مراجعا بالشك فاسند الى حالة النكاح فكان الولد موجودا عند الاعتاق فعتق مقصودا (وفى الجامع الصغير واذا تزوجت معتقة بعبد فولدت أولادا فجنى الاولاد فعقلهم على موالى الام) لانهم عتقوا تبعا لامهم ولا عاقلة لابيهم ولا موالى فالحقوا بموالى الام ضرورة كما فى ولد الملاعنة على ماذكرنا (فان أعتق الاب جر ولاء الاولاد الى نفسه) لما بينا (ولا يرجعون على عاقلة الاب بما عقلوا) لانهم حين عقلوه كان الولاء ثابتا لهم وانما يثبت للاب مقصودا لان سببه مقصود وهو العتق بخلاف ولد الملاعنة اذا عقل عنه قوم الام ثم أكذب الملاعن نفسه حيث يرجعون عليه لان النسب هناك يثبت مستندا الى وقت العلوق وكانوا مجبورين على ذلك فيرجعون

قول المصنف هذا الخ يتعلق بقوله فاذا صار أهلا عاد الولاء اليه يعنى اذا ولدت بعد عتقها لاكثر من ستة أشهر ثم أعتق الاب يجر ولاء ابنه من موالى الام الى موالى نفسه بخلاف ما اذا ولدت الامة المعتدة عن موت أو طلاق حيث لا يجر ولاء ابنه الى موالى نفسه وان كانت الولادة بعد عتقها لاكثر من ستة أشهر بل يكون ولاء الولد لموالى أمه وان أعتق الاب لتعذر اضافة العلوق الى ما بعد الموت لاستحالته من الميت والى ما بعد الطلاق أما اذا كان بائنا فلحرمة الوطء بعده وأما اذا كان رجعيا فلئلا يصير مراجعا بالشك فاسند الى حالة النكاح فكان الحمل موجودا عند اعتاق الام فعتق مقصودا فلا ينتقل انتهى وأدى صاحب العناية أيضا هذا المعنى ولكن بطريق النقض والجواب حيث قال ونوقض قوله فاذا صار أهلا عاد الولاء اليه بما اذا أعتقت المعتدة عن موت بان كانت الامة امرأة مكاتب فمات عن وفاء أو أعتقت المعتدة عن طلاق فجاءت بولد لاقل من سنتين من وقت الموت أو الطلاق حيث يكون الولد مولى لموالى الام لم ينتقل عنهم وان أعتق الاب والجواب ان العود اليه بعود الاهلية ولم يثبت بهذا العتق للاب الاهلية لتعذر اضافة العلوق الى ما بعد الموت وهو ظاهر والى ما بعد الطلاق البائن لحرمة الوطء وكذلك بعد الطلاق الرجعى لما أنه يصير مراجعا بالشك لانها اذا جاءت به لاقل من سنتين احتمل أن يكون موجودا عند الطلاق فلا حاجة الى اثبات الرجعة لثبوت النسب واحتمل أن لا يكون فيحتاج الى اثباتها ليثبت النسب واذا تعذر اضافته الى ما بعد ذلك اسند الى حالة النكاح فكان الولد موجودا عند الاعتاق فعتق مقصودا ومن عتق مقصودا لا ينتقل ولاؤه كما تقدم انتهى كلامه (أقول) مدار كلامهم على أن يكون قول المصنف بخلاف ما اذا أعتقت المعتدة عن موت أو طلاق الخ متعلقا بقوله فاذا صار أهلا عاد الولاء اليه لكنه محل بحث فان العود انما يتصور فيما اذا ثبت الولاء أولا لموالى الام ثم انتقل الى موالى الاب بصيرورته أهلا وهذا انما يتحقق فيما اذا تقدم عتق الام على عتق الاب ولا يخفى ان عتق الاب مقدم على عتق الام فى صورة ان عتقت المعتدة عن موت اذ لا مجال لاحداث العتق فى الميت فلا يتصور فى هاتيك الصورة العود أصلا فلا يتوهم بها النقض رأسا على قوله فاذا صار أهلا عاد الولاء اليه فلا يحتاج الى دفعه بقوله بخلاف ما اذا أعتقت المعتدة عن موت وبالجملة لا مساس لتلك الصورة أصلا بمسئلة انتقال الولاء بالجر بخلاف الصورة الثانية وهى ما اذا أعتقت المعتدة عن طلاق فانه يجوز هنالك أن يقع عتق الاب بعد عتق الام فتصير مظنة

بدليل قوله وبعد الطلاق الرجعى لما أنه يصير مراجعا وقد مر فى كتاب الطلاق ان المعتدة عن طلاق رجعى اذا جاءت بولد لاكثر من سنتين يكون ذلك رجعة لتيقننا بالعلوق بعد الطلاق فان جاءت بولد لاقل من سنتين لا يكون رجعة بالشك لانه لو حمل على وطئه فى العدة يصير مراجعا ولو حمل على ما قبل الطلاق لا يصير مراجعا والمراجعة لم تكن فلا يثبت بالشك (قوله وان أعتق الاب لتعذر اضافة العلوق الى ما بعد الموت) صورته فى فصل الموت ان كان مكاتبا مات عن وفاء أو ولد مولود فى الكتابة وفى الكافى وما وقع فى نسخ الهداية فجاءت بالولد لاكثر من سنتين لا يكاد يصح والصحيح ما ذكر فى شرح الطحاوى لاقل من سنتين وعليه يدل التعليل المذكور فيها فالظاهر أنه وقع من المكاتب (قوله وكانوا مجبورين على ذلك) أى قوم الام كانوا مجبورين

أهلية لتعذر اضافة العلوق الى ما بعد الموت وهو ظاهر والى ما بعد الطلاق البائن لحرمة الوطء وكذلك بعد الطلاق الرجعى لما أنه يصير مراجعا بالشك لانها اذا جاءت به لاقل من سنتين احتمل أن يكون موجودا عند الطلاق فلا حاجة الى اثبات الرجعة لثبوت النسب واحتمل أن لا يكون فيحتاج الى اثباتها ليثبت النسب واذا تعذر اضافته الى ما بعد ذلك أسند الى حالة النكاح فكان الولد موجودا عند الاعتاق فعتق مقصودا ومن عتق مقصودا لا ينتقل ولاؤه كما تقدم ويتبين من هذا أنها اذا جاءت به لاقل من ستة أشهر كان الحكم كذلك بطريق الاولى للتيقن بوجود الولد عند الموت والطلاق وأما اذا جاءت به لاكثر من سنتين فالحكم فيه يختلف بالطلاق البائن والرجعى ففى البائن مثل ما كان وأما فى الرجعى فولاء الولد لموالى الاب لتيقننا بمراجعته وذكر لفظ الجامع الصغير لاشتماله على بيان العقل وبين الفرق بينه وبين ولد الملاعنة وكلامه فيه واضح

قال (ومن تزوج من العجم بمعتقة من العرب الخ) تزوج مسلم من العجم لم يعتقه أحد معتقة العرب فولاء أولادها لمواليها عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وأموالهم لهم لا لذوى أرحامه حتى لو ترك هذا الولد عمة أو خالة لم يكن لهما شئ في وجود معتق الام وعصبته وعند أبي يوسف رحمه الله حكمه حكم أبيه فلا يكون عليه ولاء عتاقة وانما يورث ماله بين ذوى أرحامه كما اذا كان الاب عربيا والام معتقة فانه لا يكون ولاؤه لمولى أمه لان النسب الى الآباء فان قيل لما كان النسب الى الآباء وجب أن يستوى الاب الحر والعبد وليس كذلك أجاب بان العبد هالك معنى لانه لا يملك شيأ ولانه أثر الكفر والكفر موت حكمى قال الله تعالى أو من كان ميتا فاحييناه فصار حال هذا الولد في الحكم حال من لا أب له فينسب الى موالى الام وهذا المعنى معدوم اذا كان الاب حرا لان الحرية حياة باعتبار صفة المالكية والعرب والعجم فيه سواء ووجه قولهما ماذكره في الكتاب ومعنى قوله حتى اعتبرت الكفاءة فيه ان الناس يتفاخرون بالعتاقة ويعتبرونها في الكفاءة فمن له أب واحد في الحرية لا يكون كفؤا لمن له أبوان فيها والنسب ليس كذلك فان العجم قبل الاسلام لم يعتبروا ذلك وكان تفاخرهم بعمارة الدنيا حتى جعلوا من له أب واحد في الامارة كفؤا لمن له أبوان في ذلك

قال (ومن تزوج من العجم بمعتقة من العرب فولدت له أولادا فولاء أولادها لمواليها عند أبي حنيفة رحمه الله وهو قول محمد رحمه الله) وقال أبو يوسف حكمه حكم أبيه لان النسب الى الاب كما اذا كان الاب عربيا بخلاف ما اذا كان الاب عبدا لانه هالك معنى ولهما ان ولاء العتاقة قوى معتبر في حق الاحكام حتى اعتبرت الكفاءة فيه والنسب في حق العجم ضعيف فانهم ضيعوا أنسابهم ولهذا لم تعتبر الكفاءة فيما بينهم بالنسب

النقض بها على مسئلة جر الولاء فيحسن تداركه دفعه فان قلت قد تداركه صاحب العناية بربط الصورة الاولى أيضا بما نحن فيه حيث قال في تصويرها بان كانت الامة امرأة مكاتب فمات عن وفاء فادى الى تاخر عتق الاب عن عتق الام قلت لا يتيسر التأخر فيما قاله أيضا اذ قد مر في كتاب المكاتب أن في المكاتب الذى مات عن وفاء قولين عن أصحابنا أحدهما مذهب الجمهور وهو أنه يعتق في آخر جزء من أجزاء حياته فعلى هذا يتعين تقدم عتق الاب على عتق الام فيما صوره أيضا وثانيهما مذهب البعض وهو أنه يعتق بعد الموت وذلك بان ينزل حيا تقديرا في حق الاداء كما ينزل الميت حيا في حق التجهيز والتكفين فعلى هذا أن اللازم فيما صوره أيضا اعتبار عتقه بعد موته لا اعتبار عتقه بعد عتق امرأته المعتدة عن موته حتى يتأخر عتقه عن عتقها اللهم الا أن يفرض تحقق الاداء عما تركه المكاتب وفاء بعدما أعتقت امرأته ويعتبر عتقه حين تحقق الاداء بعد الموت على مذهب البعض فتأمل (قوله بخلاف ما اذا كان الاب عبدا لانه هالك معنى) لانه لا يملك شيأ ولان الرق أثر الكفر والكفر موت حكمى قال الله تعالى أو من كان ميتا فاحييناه أى كافرا فهديناه فصار هذا الولد كانه لا أب له فينسب الى موالى الام ضرورة كذا في الشروح (أقول) ههنا شئ وهو أنه ان كان المراد بكون العبد هالكا معنى انه في حكم الميت كما هو الظاهر من قولهم لان الرق من أثر الكفر والكفر موت حكمى يرد عليه أن مجرد موت الاب لا يمنع ثبوت الولاء لمواليه بل انما يظهر أثر الولاء لهم بعد موته اذ عند حياته هو مقدم عليهم وان كان المراد بذلك انه في حكم مجهول الابوة وان ولد في حكم مجهول النسب كما هو المتبادر من قولهم فصار هذا الولد كانه لا أب له يتجه عليه أنه يلزم حينئذ أن لا يرث من هذا الولد من ينتمى اليه بابيه العبد من الاقارب الاحرار كالاجداد والجدات على تقدير أن يبقى أبوه ذلك عبدا لكونه في حكم مجهول النسب على الفرض المزبور والظاهر أن الامر ليس كذلك اذ قد تقرر في كتب الفرائض أن المحروم عن الميراث كالكافر والقاتل والرقيق لا يحجب من هو أبعد منه عند أئمتنا جميعا بل يرث الابعد عند حرمان الاقرب فالاولى ههنا أن يقال بخلاف ما اذا كان الاب عبدا لانه لا أهلية له لرقه كما مر فما لم تحصل الاهلية له بزوال رقه لا يثبت الولاء له ولا لمواليه سواء كان حيا أو ميتا تدبر (قوله ولهما أن ولاء العتاقة قوى معتبر في حق الاحكام حتى اعتبرت الكفاءة فيه والنسب في حق العجم ضعيف فانهم ضيعوا أنسابهم ولهذا لم تعتبر الكفاءة فيما بينهم بالنسب

على أداء الارش فلا يكونون متبرعين في ذلك فلذلك يرجعون (قوله ومن تزوج من العجم بمعتقة من العرب) العجم جمع العجمى وهو خلاف العربى وان كان فصيحا كذا في المغرب وصورة المسئلة ان الحر العجمى الذى ليس بمعتق لاحد سواء كان له ولاء موالاة لاحد أو لم يكن كذا في الزاد وشرح الاقطع وفي الفوائد الظهيرية هذه المسئلة على وجوه ان زوجت نفسها من عربى فولاء الاولاد لقوم الاب في قولهم لان الشرف بانساب العرب أقوى وان زوجت نفسها من أعجمى له آباء في الاسلام فولاء الاولاد لقوم الاب عند أبي يوسف رحمه الله بلا ريب وعلى قولهما اختلاف المشايخ حكى عن أبي بكر الاعمش وأبي بكر الصفار رحمهما الله أنه لقوم الاب وقال غيرهما لقوم الام وان زوجت نفسها من رجل أسلم من أهل الحرب ووالى أحدا ثمة أو لم يوال فهى مسئلة الكتاب وان زوجت نفسها من عبد أو مكاتب فولاء الولد لموالى الام اجماعا الا اذا عتق العبد فيجر الولاء (قوله ولاء العتاقة قوى معتبر) وفي المبسوط ولاء العتاقة معتبر في حل الاحكام من حيث الكفاءة

(قوله لا لذوى أرحامه) أقول الظاهر أن يقال أرحامهم (قوله ولانه أثر الكفر) أقول يعنى الرق (قوله حتى اعتبرت الى قوله والنسب ليس كذلك) أقول فيه بحث

قال المصنف رحمه الله (الخلاف في مطلق المعتقة) وانما قال ذلك لان محمدا رحمه الله ذكر المعتقة مطلقا حتى لو تزوج بمعتقة غير العربي كان كذلك فكان وضع القدوري في معتقة العرب اتفاقيا وذكر لفظ الجامع الصغير لبيان أن محمدا رحمه الله ذكر المعتقة مطلقا ولاشتماله على ولاء الموالاة وذلك واضح في الكتاب (قوله كالمولود بين واحد من الموالي) يعني العجم فان العجمي اذا تزوج بعربية فولدت أولادا فانهم ا ينتسب الى قوم أبيهم فكذا اذا كانت معتقة لان النسبة الى الام ضعيفة وقوله (وان كان الابوان) أي الوالدان (معتقين) راجع الى أول الخلاف يعني ان كانت الام معتقة والاب والى رجلا ففيه الخلاف وأما اذا كان الوالدان معتقين (ف) قد أجمعوا أن (النسب الى قوم الاب لاستوائهما والترجيح لجانبه لشبهه بالنسب) قال صلى الله عليه وسلم الولاء لحمة كلحمة النسب وفي حقيقة النسب يضاف الولد الى الاب في الشرف والدناءة فكذلك في الولاء ولان النصرة به أي بالاب أكثر قال (وولاء العتاقة تعصيب) التعصيب هو جعل الانسان عصبة ومنه قولهم الذكر يعصب الانثى (وهو) أي مولى العتاقة (أحق بالميراث من العمة والخالة لقوله صلى الله عليه وسلم للذي اشترى عبدا فاعتقه هو أخوك ومولاك ان شكرك فهو خير له وشر لك وان كفرك فهو خير لك وشر له ولو مات ولم يترك وارثا كنت أنت عصبته) قوله هو أخوك يعني في الدين وقوله ان شكرك يعني ان شكرك بالمجازاة على صنعك فهو خير له لانه انتدب الى ما ندب اليه وشر لك لانه أوصل اليك بعض الثواب في الدنيا فتنقص بقدره من ثواب الآخرة وان كفرك فهو خير لك لانه يبقى لك ثواب العمل كله في الآخرة وشر له لانه كفر النعمة وقوله كنت أنت عصبته يدل على أن المراد ولم يترك عصبة حيث لم يقل كنت وارثه (وورث النبي صلى الله عليه وسلم ابنة حمزة رضي الله عنهما على سبيل العصوبة مع قيام وارث) هي بنت الميت وذلك لان النبي صلى الله عليه وسلم أعطى بنت الميت النصف والباقي لبنت حمزة والعصبة هو الذي يأخذ ما أبقته الفرائض (واذا كان عصبة تقدم على ذوي الارحام وهو المروي عن علي رضي الله عنه فان كان المعتق عصبة من النسب فهو أولى) لان المعتق آخر العصبات على ما قالوا ان المراد بقوله ولم يترك عصبة وارث عصبة استدلالا باشارة

والقوى لا يعارضه الضعيف بخلاف ما اذا كان الاب عربيا لان أنساب العرب قوية معتبرة في حكم الكفاءة والعقل كما أن تناصرهم بها فاغنت عن الولاء قال رضي الله عنه الخلاف في مطلق المعتقة والوضع في معتقة العرب وقع اتفاقا (وفي الجامع الصغير نبطي كافر تزوج بمعتقة كافرة ثم أسلم النبطي ووالى رجلا ثم ولدت أولادا قال أبو حنيفة ومحمد مواليهم موالي أمهم وقال أبو يوسف مواليهم موالي أبيهم) لان الولاء وان كان أضعف فهو من جانب الاب فصار كالمولود بين واحد من الموالي وبين العربية ولهما أن ولاء الموالاة أضعف حتى يقبل الفسخ وولاء العتاقة لا يقبله والضعيف لا يظهر في مقابلة القوي وان كان الابوان معتقين فالنسبة الى قوم الاب لانهما استويا والترجيح لجانبه لشبهه بالنسب أو لان النصرة به أكثر قال (وولاء العتاقة تعصيب وهو أحق بالميراث من العمة والخالة) لقوله عليه الصلاة والسلام للذي اشترى عبدا فاعتقه هو أخوك ومولاك ان شكرك فهو خير له وشر لك وان كفرك فهو خير لك وشر له ولو مات ولم يترك وارثا كنت أنت عصبته وورث ابنة حمزة رضي الله عنهما على سبيل العصوبة مع قيام وارث واذا كان عصبة تقدم على ذوي الارحام وهو المروي عن علي رضي الله عنه (فان كان المعتق عصبة من النسب فهو أولى من المعتق) لان المعتق آخر العصبات وهذا لان قوله عليه الصلاة والسلام ولم يترك وارثا قالوا المراد منه

والقوى لا يعارضه الضعيف) أقول لقائل أن يقول ظاهر هذا التعليل يقتضي أن يكون موالي الام في هذه

ومن حيث أنه يقدم على ذوي الارحام ومن حيث انه لا يقبل الفسخ بعد الوقوع وفي الموالاة انعكس هذه الاحكام وهذا الفقه وهو ان الحرية والنسب في حق العجم ضعيف بدليل ان حريتهم تحتمل الابطال بالاسترقاق بخلاف حرية العرب وكذا العجم ضيعوا أنسابهم ألا يرى ان تفاخرهم قبل الاسلام بعمارة الدنيا وبعد الاسلام بالاسلام فاذا ثبت الضعف في جانب الاب كان هو والعبد سواء (قوله نبطي كافر تزوج بمعتقة) نبطي جيل من العراق كذا في المغرب والمراد بالمعتقة كافرة نصرانية لتصور هذه المسئلة اذ المسلمة لا تكون تحت الكافر بعقد النكاح وغير الكتابية من الكفار لا يجوز ان يبقى نكاحها بعد اسلام الزوج كذا ذكر الجباري رحمه الله في فوائده (قوله فصار كالمولود بين واحد من الموالي وبين العربية لم تجر عليها نعمة عتاق) ومعنى هذا ان الام اذا كانت معتقة فالولد ينسب الى قومها بالولاء والنسبة بالولاء قرابة معتبرة شرعا واذا كانت عربية فلو انتسب الولد الى قومها انما ينتسب بالنسب والانتساب بالنسب الى الام ضعيف جدا فكذلك بواسطة الام الى أبيها حتى تستحق العصوبة بمثل هذا النسب كذا في المبسوط (قوله هو أخوك) أي في الدين قال الله تعالى فاخوانكم في الدين ومواليكم (قوله فان شكرك) أي بالمجازاة على ما صنعت اليه فهو خير له لانك ابتدأت الى ما ندبت اليه في الشرع قال عليه السلام من أبذلت اليه نعمة فليشكرها (قوله وشر لك) لانه يصل اليك بعض الجزاء في الدنيا فينتقص بقدره من ثوابك في الآخرة (قوله وان كفرك فهو خير لك) لانه يبقى ثواب عملك كله لك في الآخرة وشر له لان كفران النعمة مذموم قال عليه السلام من لم يشكر الناس لم يشكر الله (قوله تقدم على ذوي الارحام) لان النبي صلى الله عليه وسلم قدمه على الرد حيث

(قوله وانما قال ذلك) أقول يعني وانما قال المصنف ذلك (قوله التعصيب هو جعل الانسان عصبة الخ) أقول والظاهر أن المصدر ههنا بمعنى الفاعل

الحديث كما قلنا في بيان قوله كنت أنت عصبته وبالحديث الثاني أي بحديث بنت حمزة فتأخر عن العصبة دون ذوي الارحام (وان لم يكن له) أي المعتق (عصبة من النسب فميراثه للمعتق تاويله) أي تاويل قول القدوري (اذا لم يكن هنالك صاحب فرض ذو حال أما اذا كان فله الباقي بعد فرضه) وذكروا لهذه الجملة تاويلين أحدهما ان معنى قوله فرض ذو حال سوى حال الفرض كالاب والجد فان لهما حالا سوى حال الفرض وهي العصوبة اما اذا كان فله أي فلمثل هذا الوارث الباقي بالعصوبة وليس للمعتق شئ والثاني ان معناه ذو حال واحد كالبنت أما اذا كان مثل ذلك فللمعتق الباقي بعد فرض ذلك الوارث قال صاحب النهاية والثاني أوجه لانه علل قوله فله الباقي بعد فرضه بقوله (لانه عصبة على ماروينا) وهو اشارة الى قوله ولو مات ولم يترك وارثا كنت أنت عصبته وهو واضح وقوله (وهذا) اشارة الى قوله لانه عصبة يعني انما كان عصبة (لان العصبة من يكون التناصر به لبيت النسبة) أي القبيلة وتقريره العصبة من يكون انتصار القبيلة به وبالمولى يكون الانتصار على مامر في أول كتاب الولاء وهو قوله وكانت العرب تتناصر باشياء وقرر النبي صلى الله عليه وسلم تناصرهم بالولاء بنوعيه وقوله (والعصبة تاخذ ما بقي) تمام للدليل وتقريره فله الباقي لانه عصبة والعصبة تاخذ الباقي (فان مات المولى ثم مات المعتق فميراثه لبني المولى دون بناته) لما ذكره في الكتاب وقوله (قدمناها) اشارة الى قوله فان ولدت بعد عتقها لاكثر من ستة أشهر الى أن قال جر الاب ولاء ابنه وقد ذكر جر المعتق ومعتق المعتق في النهاية ناقلا عن الذخيرة فليطلب ثمة (قوله لان ثبوت المالكية الخ) دليل معقول على ثبوت الولاء لمن أعتق أو أعتق من أعتقن وتقريره ثبوت المالكية والقوة في المعتق من جهة المعتقة وهو ظاهر وكل من ثبت من جهته شئ ينسب اليه لانه عليته اذا ثبت ذلك فثبوت المالكية ينسب اليها بالولاء وينسب اليها من ينسب الى مولاها به من معتق المعتق ينسب الى معتقه بالولاء وفي ذلك لا فرق بين الرجل والمرأة بخلاف النسب فانه لا يثبت الا من الآباء لان سبب النسبة فيه الفراش والفراش انما هو للزوج لانه المالك والمرأة مملوكة وليس حكم ميراث المعتق مقصورا على بني المولى بل هو لعصبته الاقرب فالاقرب لان الولاء ورث حتى يكون لاصحاب الفروض منه نصيب وانما الولاء باعتبار النصرة فيخلفه فيه من تكون به النصرة والنصرة بالذكور دون الاناث

وارث هو عصبة بدليل الحديث الثاني فتأخر عن العصبة دون ذوي الارحام قال (فان كان للمعتق عصبة من النسب فهو أولى) لما ذكرنا (وان لم يكن له عصبة من النسب فميراثه للمعتق) تاويله اذا لم يكن هنالك صاحب فرض ذو حال أما اذا كان فله الباقي بعد فرضه لانه عصبة على ماروينا وهذا لان العصبة من يكون التناصر به لبيت النسبة وبالموالي الانتصار على مامر والعصبة تاخذ مابقي (فان مات المولى ثم مات المعتق فميراثه لبني المولى دون بناته وليس للنساء من الولاء الا ما أعتقن أو أعتق من أعتقن أو كاتبن أو كاتب من كاتبن) بهذا اللفظ ورد الحديث عن النبي صلى الله عليه وسلم وفي آخره أو جر ولاء معتقهن وصورة الجر قدمناها ولان ثبوت المالكية والقوة في العتق من جهتها فينسب بالولاء اليها وينسب اليها من ينسب الى مولاها بخلاف النسب لان سبب النسبة فيه الفراش وصاحب الفراش انما هو الزوج والمرأة مملوكة لا مالكة وليس حكم ميراث المعتق مقصورا على بني المولى بل هو لعصبته الاقرب فالاقرب لان الولاء لا يورث ويخلفه فيه من تكون النصرة

الصورة مقدمين في الارث على العصبات النسبية لاولادها بل على أصحاب الفرائض لهم اذلا شك أن استحقاق كل من العصبات النسبية وأصحاب الفرائض بالقرابة النسبية واذا كان النسب في حق العجم ضعيفا لا يصلح أن

ورث ابنة حمزة ومارد الباقي على بنت الميت والرد مقدم على ذوي الارحام (قوله بدليل الحديث الثاني) وهو توريث ابنة حمزة على سبيل العصوبة مع قيام بنت المعتق (قوله تأويله يعني) تأويل قوله فميراثه للمعتق ان لا يكون للمعتق عصبة من النسب ولا صاحب فرض ذي حال أي له حال فرض لا غير أما اذا كان صاحب فرض له حال تعصيب أيضا لا شئ للمعتق ولو كان صاحب فرض فله الباقي بعد فرضه لانه عصبة (قوله لبيت النسبة) أي القبيلة هو منسوب اليها (قوله وصورة الجر قدمناها) وهي ماذكر من قوله فان ولدت بعد عتقها لاكثر من ستة أشهر الى أن قال جر الاب ولاء ابنه وصورة جر ولاء معتقهن تزوج عبد امرأة باذنها بمعتقة قوم فولدت منه أولادا فولاء الولد يكون لموالي الام فلو أن المرأة أعتقت هذا العبد جر العبد ولاء الولد الى نفسه وجرت هي ذلك الى نفسها وصورة جر ولاء معتق المعتق امرأة اشترت عبدا وأعتقته ثم ان هذا العبد اشترى عبدا ثم ان العبد الثاني تزوج بمعتقة قوم فولدت منه ولدا فولاء الولد لموالي الام فلو أن المعتق أعتق هذا العبد جر هذا العبد ولاء ولده ثم جر المعتق الاول ذلك الى نفسه ثم جرت المرأة ذلك الى نفسها (قوله بخلاف النسب) أي لا ينسب الولد الى الام يعني ان ولاء العتاقة يثبت من جانب النساء ولا يثبت النسب من جانب النساء ووجه الفرق ان سبب النسبة بالولاء احداث قوة المالكية بالعتق وقد تحقق ذلك منها كما يتحقق من الرجل بخلاف النسب فان سببه الفراش وصاحب الفراش هو الرجل لا المرأة لانها مملوكة فلا يعارض المالك في استحقاق النسب أما الرجل والمرأة في نسبة العتق على السواء (قوله لان الولاء لا يورث) أي لا يجري في الولاء الارث لانه لو كان استحقاق المال فيه بالارث لكان للذكر مثل حظ الانثيين كما في سائر

قوله وكل من يثبت من جهته شئ ينسب اليه لانه عليته) أقول المستتر في قوله ينسب راجع الى قوله شئ والضمير في قوله اليه وفي قوله لانه راجعان الى من والضمير في قوله عليته راجع الى قوله

حتى لو ترك المولى أباوابنا فالولاء للابن عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وصورته امرأة أعتقت عبدا ثم ماتت عن ابن وأب ثم مات العبد فميراثه للابن خاصة عندهما وهو قول أبي يوسف أولا ثم رجع فقال لابيها السدس والباقي للابن لان الابوة تستحق بها كالبنوة لان الولاء يستحق بالعصوبة والاب عصبة عند عدم الابن ووجود الابن لا يوجب حرمان الاب ولهذا لم يصر محروما عند ميراثها فكذا عن ميراث معتقها ولهما أن أقرب العصبات يقوم مقام المعتق بعده في ميراث المعتق والابن هو العصبة دون الاب واستحقاق الاب السدس منها بالفريضة دون العصوبة وكذا لو ترك جد مولاه أبا أبيه وأخاه لاب وأم أو لاب كان ميراثه للجد عند أبي حنيفة رضي الله عنه لانه لا يورث الاخوة والاخوات فالجد عنده أقرب في العصوبة ولو أن امرأة أعتقت عبدا ثم ماتت وتركت ابنها وأخاها ثم مات العبد ولا وارث له غيرهما فالميراث لابنها دون أخيها لما ذكرنا أن الابن أقرب في العصوبة الا ان عقل جناية المعتق على أخيها لانه من قوم أبيها وجنايته كجنايتها وجنايتها على قوم أبيها فكذلك جناية معتقها وابنها ليس من قوم أبيها ولو ترك المولى ابنا وابني ابن آخر فميراث المعتق للابن دون ابني الابن لان الولاء للكبر هو المروي عن عدة من الصحابة عمر وعلي وابن مسعود وغيرهم رضي الله عنهم ومعنى الكبر القرب في العصوبة لا في السن على ماقالوا ألا ترى أن المعتق اذا مات وترك ابنين صغيرا وكبيرا ثم مات المعتق فالولاء بينهما نصفين لاستوائهما في القرب الى الميت من حيث النسب والصلبي أقرب فيستحق الجميع

(فصل في ولاء الموالاة)

أخر ولاء الموالاة عن ولاء العتاقة لان ولاء العتاقة لكونه غير قابل للتحويل كان أقوى بخلاف ولاء الموالاة فان للمولى فيه أن ينتقل قبل العقل ومعنى الولاء قد تقدم لغة واصطلاحا

به حتى لو ترك المولى أباوابنا فالولاء للابن عند أبي حنيفة ومحمد لانه أقربهما عصوبة وكذلك الولاء للجد دون الاخ عند أبي حنيفة لانه أقرب في العصوبة عنده وكذا الولاء لابن المعتقة حتى يرثه دون أخيها لما ذكرنا الا أن عقل جناية المعتق على أخيها لانه من قوم أبيها وجنايته كجنايتها (ولو ترك المولى ابنا وأولاد ابن آخر) معناه بني ابن آخر (فميراث المعتق للابن دون بني الابن لان الولاء للكبر) هو المروي عن عدة من الصحابة رضي الله عنهم منهم عمر وعلي وابن مسعود وغيرهم رضي الله عنهم أجمعين ومعناه القرب على ماقالوا والصلبي أقرب

(فصل في ولاء الموالاة)

يعارض ولاء العتاقة قد يرى أن لا يعارض أحد من العجم في الارث بجهة نسبه سواء كانت تلك الجهة جهة العصوبة أو جهة الفرض موالي العتاقة لقوة ولاء العتاقة وضعف النسب في حق العجم مع أن المسئلة في الارث ليست كذلك اذ قد تقرر في كتب الفرائض وسيجيء في نفس هذا الكتاب أيضا أن موالي العتاقة مطلقا مؤخرون في الارث عن أصحاب الفرائض وعن العصبات النسبية وانما يقدمون على ذوي الارحام فليتأمل في التوجيه

(فصل في ولاء الموالاة) أخر ولاء الموالاة عن ولاء العتاقة لان ولاء العتاقة قوي لانه غير قابل للتحول والانتقال في جميع الاحوال بخلاف ولاء الموالاة فان للمولى فيه أن ينتقل قبل العقل ولانه يوجد في ولاء العتاقة الاحياء الحكمي ولا يوجد في ولاء الموالاة احياء أصلا ولان ولاء العتاقة متفق عليه في أنه سبب للارث وأنه مقدم على ذوي الارحام بخلاف ولاء الموالاة فان الشعبي لم يقل بولاء الموالاة وقال لا ولاء الا ولاء العتاقة وبه أخذ الشافعي ومالك وأحمد ثم ان معنى مطلق الولاء لغة وشريعة قد تقدم في صدر كتاب الولاء وتفسير هذا الولاء على ماذكر في الذخيرة وغيرها هو أن يسلم رجل على يد رجل فيقول للذي أسلم على يده أو لغيره واليتك على أني ان مت فميراثي لك وان جنيت فعقلي عليك وعلى عاقلتك وقبل الآخر منه قال في العناية والنهاية وله ثلاث

المواريث ولكن يجري فيه الخلافة والخلافة انما تتحقق لمن يتحقق به النصرة والنصرة انما تكون بالابن دون الابنة ألا ترى ان النساء لا يدخلن في العاقلة عند تحمل الارش لعدم النصرة منهن وعن شريح رحمه الله أنه يورث كالمال الموروث بطريق الفرض والتعصيب وبه قال الشافعي رحمه الله وفائدته تظهر ان ميراث المعتق بالولاء ولانه لاذكر أثر من آثار الملك فكأنه يزول بالعتق بعض الملك ويبقى بعضه ولكنه ضعيف لان النبي عليه السلام قال الولاء لحمة كلحمة النسب ولان ثبوت الولاء للمعتق باحداث قوة المالكية في المعتق ونفي مملوكيته عنه فكيف يكون الولاء جزأ من الملك كذا في المبسوط (قوله حتى يرثه دون أخيها لما ذكرناه) أي أنه أقرب في العصوبة الا أن جناية المعتق على أخيها لان الميراث بالعصوبة والابن أقرب العصبات فاما عاقلة المعتق قبيلة مولاه وأخوها من قبيلتها لانه من قوم أبيها فاما ابنها ليس من قوم أبيها (قوله لان الولاء للكبر) أي لا كبر أولاد المعتق والمراد أقربهم نسبا لا أكبرهم سنا كذا في المغرب

(فصل في ولاء الموالاة) صورته أن يقول مجهول النسب للذي أسلم على يديه أو لغيره واليتك على أني ان

شيء (قوله وصورته امرأة أعتقت عبدا) أقول وكذا الجواب في رجل أعتق عبدا ثم مات (قوله والابن هو العصبة دون الاب) أقول فضلا أن يكون أقرب العصبات (قوله لانه لا يورث الاخوة والاخوات) أقول يعني مع الجد (قوله ولو أن امرأة أعتقت الخ) أقول أو رجلا أعتق عبدا (قوله لانه من قوم أبيها) أقول ضمير لانه راجع الى المعتق على صيغة المفعول *(فصل في ولاء الموالاة)*

وصورة هذا الولاء أن يتقدم رجل و يسلم على يدى رجل و يقول له أو لغيره والبتك على أنى ان مت فميراثى لك واذا جنيت فعقلى عليك وعلى عاقلتك وقبل الآخر منه وله ثلاث شرائط احداها أن يكون مجهول النسب بان لا ينسب الى غيره وأما نسبة غيره اليه فغير مانع والثانية أن لا يكون له ولاء عتاقة ولا ولاء موالاة مع

أحد وقد عقل عنه والثالثة أن لا يكون عربيا فان قيل من شرط العقد عقل الاعلى وحريته فان موالاة الصبي والعبد باطلة فكيف جعل الشرائط ثلاثا أجيب بان المذكورة انما هى الشرائط العامة المحتاج اليها فى كل واحدة من الصور وأما ماذكرت فانما هو نادر فلم يذكره وأما حكمه فهو وجوب العقل على عاقلة الاعلى اذا جنى الاسفل واستحقاق ميراثه اذا مات عن غير وارث وكلامه فى الفصل واضح لا يحتاج الى

(قوله وله ثلاث شرائط احداها الخ) أقول صرحوا بان للابن أن يعقد الموالاة أو يتحول بولائه الى غير مولى الاب اذا لم يعقل المولى عن أبيه فهذا الشرط لا يوافقه (قوله والثالثة أن لا يكون عربيا) أقول فيه بحث فان الشرط الاول يغنى عن هذا (قوله فان قيل من شرط العقد عقل الاعلى وحريته) أقول فيه بحث فان العقل والحرية أيضا يحتاج اليهما فى كل واحدة من الصور أو اذن الولى والمولى (قوله فان موالاة الصبي والعبد باطلة) أقول أما الصبي فلأنه ليس من أهل النصرة ولهذا لا يدخل فى العاقلة وأما العبد فهو أيضا لا يملك التزام النصرة الا باذن مولاه

قال (واذا أسلم رجل على يد رجل ووالاه على أن يرثه ويعقل عنه أو أسلم على يد غيره ووالاه فالولاء صحيح وعقله على مولاه فان مات ولا وارث له غيره فميراثه للمولى) وقال الشافعى رحمه الله الموالاة ليس بشئ لان فيه ابطال حق بيت المال ولهذا لا يصح فى حق وارث آخر ولهذا لا يصح عنده الوصية بجميع المال وان لم يكن للموصى وارث لحق بيت المال وانما يصح فى الثلث ولنا قوله تعالى والذين عقدت أيمانكم فآتوهم نصيبهم والآية فى الموالاة وسئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن رجل أسلم على يد رجل آخر ووالاه فقال هو أحق الناس به

شرائط احداها أن يكون مجهول النسب بان لا ينسب الى غيره وأما نسبة غيره اليه فغير مانع والثانية أن لا يكون له ولاء عتاقة ولا ولاء موالاة مع أحد وقد عقل عنه والثالثة أن لا يكون عربيا انتهى (أقول) فيه كلام أما أولا فلأن الشريطة الاولى تغنى عن الشريطة الثالثة اذ لا جهالة فى نسب العرب فيظهر باشتراط كون الموالى مجهول النسب اشتراط أن لا يكون عربيا الا أن يكون ذكر الثالثة استقلالا من قبيل التصريح بما علم التزاما وأما ثانيا فلأنه ان أريد حصر شرائط الولاء فى هذه الثلاث كما هو المتبادر من ذكر العدد فى أمثال هذا المقام فليس بصحيح اذ من شرائطه أيضا شرط الارث والعقل كما صرح به المصنف فيما بعد حيث قال ولا بد من شرط الارث والعقل كما ذكر فى الكتاب وصرح به فى الكافى أيضا حيث قال وانما يصح ولاء الموالاة بشرائط منها أن يشترط الميراث والعقل وصرح به صاحب الكفاية أيضا حيث قال وله شرائط وعد منها أن يشترط الارث والعقل وان لم يرد حصر شرائطه فى هذه الثلاث يكون تخصيص هذه الثلاث بالذكر خاليا عن الفائدة ويكون ذكر العدد عبثا ولا يكون السؤال والجواب اللذين ذكرهما صاحب العناية متصلا بذلك كما ستعرفهما وجه لان مدارهما على ارادة الحصر والا لا يتوجه ذلك السؤال رأسا فلا يحتاج الى الجواب عنه أصلا وقال فى العناية فان قيل من شرط العقد عقل الأعلى وحريته فان موالاة الصبي والعبد باطلة فكيف جعل الشرائط ثلاثا أجيب بان المذكورة انما هى الشرائط العامة المحتاج اليها فى كل واحدة من الصور وأما ماذكرت فانما هو نادر فلم يذكره (أقول) فى هذا الجواب خلل فان كل واحد من عقل الأعلى وحريته أيضا من الشرائط العامة المحتاج اليها فى كل واحد من صور الموالاة اذ لا شك أن عقد الموالاة لا يصح بدون عقل المتعاقدين فى شئ من الصور اذ لا يتصور الايجاب والقبول بدون العقل وكذا لا يجوز

مت فميراثى لك وان جنيت فعقلى عليك وعلى عاقلتك وقبل الآخر منه يكون القابل مولى له يرثه اذا مات ويعقل عنه اذا جنى وله شرائط منها ان يكون من غير العرب لان العربى له نصرة بنفسه أى قبيلته وذلك آكد من نصرة الموالاة ومنها ان لا يكون معتقا ومنها ان يشترط الميراث والعقل ومنها ان يكون لم يعقل عنه غيره ومنها الاسلام على يده عند البعض والصحيح ان ذا ليس بشرط (قوله فميراثه للمولى) أى المولى الاعلى واذا مات الاسفل والاعلى ميت فميراثه لاقرب الناس عصبة الى الاعلى كما فى ولاء العتاقة كذا فى الذخيرة وقال الشافعى الموالاة ليس بشئ أى ليس بشئ موجب للارث والعقل (قوله ولنا قوله تعالى والذين عقدت ايمانكم فآتوهم نصيبهم) يعنى نصيبهم من الميراث والمراد عقد الموالاة بدليل ماسبق فى ولكل جعلنا موالى مما ترك الوالدان والاقربون كان المراد من ذلك بيان النصيب على سبيل الاستحقاق ارثا الا على سبيل القرابة والبر ابتداء فكذلك المراد بما جعله معطوفا عليه لان حكم المعطوف حكم المعطوف عليه وليس المراد بقوله عقدت أيمانكم القسم بل المراد الصفقة فان العادة ان المتعاقدين يأخذ كل واحد منهما يمين صاحبه اذا عاقده ويسمى العقد صفقة لهذا وذكر فى المبسوط البكرى ان الله تعالى جعل ولاء الموالاة سببا للتوارث

محمد اه

(قوله فان موالاة الصبي الخ) أقول قال الحاكم فى الكافى وموالاة الصبي باطلة وكذا ان والى رجل عبدا الا أن يكون ذلك باذن المولى فيكون مولى له أو يوالى الصبي باذن الاب أو الوصى فيكون مولى الصبي اه (قوله أجيب بان المذكورة انما هى الشرائط العامة الخ) أقول فيه بحث

محياه ومماته وهذا يشير الى العقل والارث فى الحالتين هاتين ولان ماله حقه فيصرفه الى حيث شاء والصرف الى بيت المال ضرورة عدم المستحق لا أنه مستحق قال (وان كان له وارث فهو أولى منه وان كانت عمة أو خالة أو غيرهما من ذوى الارحام) لان الموالاة عقدهما فلا يلزم غيرهما وذو الرحم وارث ولا بد من شرط الارث والعقل كما ذكر فى الكتاب لانه بالالتزام وهو بالشرط ومن شرطه أن لا يكون المولى من العرب لان تناصرهم بالقبائل فاغنى عن الموالاة قال (وللمولى أن ينتقل عنه بولائه الى غيره ما لم يعقل عنه) لانه عقد غير لازم بمنزلة الوصية وكذا للأعلى أن يتبرأ عن ولائه لعدم اللزوم

موالاة العبد أصلا بغير اذن مولاه وان أذن له مولاه فى القبول كان عقده كعقد مولاه فيكون الولاء للمولى نص عليه فى المبسوط وغيره فلا معنى لقوله وأما ما ذكرت فانما هو نادر فلم يذكره ثم ان فى تقرير السؤال أيضا خللا فان تقييد العقل بعقل الأعلى فى قوله من شرط العقد عقل الاعلى مما لا وجه له لان عقل الاسفل أيضا شرط العقد اذ لا يتصور الايجاب بدون العقل كما لا يتصور القبول بدونه وقد أفصح عنه صاحب البدائع حيث قال وأما شرائط عقد الموالاة فمنها عقل العاقدين اذ لا صحة للايجاب والقبول بدون العقل انتهى وكذا تقييد الحرية بالاضافة الى ضمير الاعلى فى قوله وحريته مما لا وجه له اذ حرية الاسفل أيضا شرط بل هى أظهر اشتراطا من حرية الاعلى لانه لا يجوز ايجاب العبد عقد الموالاة ولو أذن له مولاه فى ذلك ويجوز قبوله اياه باذن مولاه ويصير الولاء لمولاه كما صرحوا به وأيضا لا وجه لترك ذكر البلوغ فى أثناء تقرير السؤال فانه من شرط عقد الموالاة كالعقل والحرية نص عليه فى المبسوط والبدائع مع أن قوله فان موالاة الصبى فى قوله فان موالاة الصبى والعبد باطلة أوفق باشتراط البلوغ من اشتراط العقل فان الصبى قد يكون عاقلا فلم يكن بطلان موالاته لعدم عقله بل كان لعدم بلوغه كما لا يخفى (قوله ولا بد من شرط الارث والعقل كما ذكر فى الكتاب) أشار به الى ما ذكره القدورى فى مختصره بقوله واذا أسلم الرجل على يد رجل ووالاه على أن يرثه ويعقل عنه وقد مر من قبل واعترض صاحب غاية البيان على وجوب اشتراط الارث والعقل فى صحة عقد الموالاة حيث قال قال الحاكم الشهيد فى مختصر الكافى قال ابراهيم النخعى اذا أسلم الرجل على يد رجل ووالاه فانه يرثه ويعقل عنه وله أن يتحول بولائه الى غيره ما لم يعقل عنه فاذا عقل عنه لم يكن له أن يتحول الى غيره وهذا قول أبى حنيفة وأبى يوسف ومحمد هذا لفظ الكافى بعينه وهذا يدل على أن شرط الارث والعقل ليس بموقوف عليه صحة الموالاة بل مجرد العقد كاف بان يقول أحدهما واليتك والآخر قبلت لان الحاكم لم يذكر الارث والعقل شرطا لصحة الموالاة بل جعلهما حكما لها بعد صحتها فافهم ويدل على ما قلنا قول القدورى فى مختصره أو أسلم على يد غيره ووالاه يوضحه قول صاحب التحفة وتفسير عقد الموالاة من أسلم على يد رجل وقال له أنت مولاى ترثنى اذا مت وتعقل عنى اذا جنيت وقال الآخر قبلت فينعقد بينهما عقد الموالاة وكذلك اذا قال واليتك والآخر قبلت وكذا اذا عقد مع رجل غير الذى أسلم على يده الى هنا لفظ التحفة انتهى كلام صاحب الغاية (أقول) لا يذهب على ذى فطرة

مطلقا من غير فصل بين ان يكون للميت وارث آخر أو لم يكن الا أنه نسخ فى حق من كان له وارث آخر بقوله تعالى وأولوا الارحام بعضهم أولى ببعض ولا ناسخ فى حق من لا وارث له فبقى داخلا تحت ظاهر الآية (قوله فى الحالين هاتين) أى فى محياه عقلا وفى مماته ارثا (قوله ولا بد من شرط العقل والارث) لان عقد الموالاة يقع على ذلك فلا بد من ذكره ولو شرط الارث من الجانبين كان كذلك يتوارثان من الجانبين بخلاف ولاء العتاقة فانه يرث الاعلى من الاسفل لان سببه الاحياء وذا وجد من الاعلى فى حق الاسفل لا من الاسفل فى حق الاعلى وههنا السبب هو العقد والشرط فعلى الوجه الذى وجد الشرط يثبت الحكم (قوله لان تناصرهم بالقبائل) فان قيل ان التناصر حكمة وهى لا تراعى فى كل فرد وانما تراعى فى الجنس كما فى الاستبراء فان الحكمة فيه فراغ الرحم وانما تعتبر فى الجملة لا فى كل فرد حتى لا يجب الاستبراء فيمن اشترى من امرأة أو اشترى أمة صغيرة قلنا التناصر علة لا حكمة فان قيل العلة لا بد ان تكون موجودة والتناصر قد يوجد وقد

تفسير خلا قوله (وان كان له وارث فهو أولى منه وان كان من ذوى الارحام) فانه أورد عليه بانه ينبغى أن يكون الثلث للمولى كما لو أوصى بكل ماله لآخر وله وارث معروف وأجيب بانه جعله بعقد الولاء وارثا عنه وفى سبب الوراثة ذو القرابة

قال المصنف (ولا بد من شرط الارث والعقل كما ذكر فى الكتاب) أقول أشار به الى ما ذكره القدورى قبل هذا واذا أسلم الرجل على يد رجل ووالاه على أن يرثه ويعقل عنه واعترض الاتقانى على وجوب اشتراطهما فى صحة العقد ولا يخفى على المتامل دفع اعتراضه

الا أنه يشترط فى هذا أن يكون بحضر من الآخر كما فى عزل الوكيل قصدا بخلاف ما اذا عقد الأسفل مع غيره

سلمنا أن شيأ مما ذكره لا يدل على عدم اشتراط الارث والعقل فى صحة عقد الموالاة أما ما نقله عن الكافى للحاكم الشهيد فلانه يجوز أن يكون عدم وقوع التصريح باشتراطهما هنالك بناء على ظهور تضمن الموالاة اشتراطهما فيكون قوله ووالاه فى قوله اذا أسلم الرجل على يد رجل ووالاه مغنيا عن ذكر ذلك فلا يدل على أن مجرد أن يقول أحدهما واليتك والآخر قبلت كاف فى تمام عقد الموالاة وجعل نفس الارث والعقل حكما للموالاة لا ينافى كون ذكرهما فى العقد شرطا لصحة العقد كما لا يخفى وأما قول القدورى فى مختصره أو أسلم على يد غيره ووالاه فلانه لا شك أن مراد القدورى بقوله ذلك انما هو بيان أن الاسلام على يده ليس بشرط فيها وأما قول صاحب التحفة فلأن محل توهم عدم اشتراط الارث والعقل انما هو قوله وكذلك اذا قال واليتك والآخر قبلت ويجوز أن يكون مراده بذلك وكذلك اذا قال واليتك بدل قوله أنت مولاى فقط لا بدل مجموع قوله أنت مولاى ترثنى اذا مت وتعقل عنى اذا جنيت فلا دلالة على عدم اشتراطهما وبالجملة أن عدم التصريح بشرط عند تفسير عقد الموالاة وبيان صورة الموالاة لا يدل على عدم اشتراط ذلك اذ يجوز أن يكون عدم التصريح به بناء على ظهوره من بيانهم اياه على الاستقلال ألا يرى أن لصحة عقد الموالاة شرائط كثيرة ككون الموالى مجهول النسب وكونه غير معتق وكونه غير عربى وغير ذلك مع أنهم لم يصرحوا بشئ من ذلك عند تفسير عقد الموالاة وبيان صورته (قوله الا أنه يشترط فى هذا أن يكون بحضر من الآخر كما فى عزل الوكيل قصدا) أورد عليه بأن سبب اشتراط حضرة الوكيل فى حق العزل ظاهر وهو تضرر الوكيل بسبب الضمان عند رجوع الحقوق عليه اذا كان نقد من مال الموكل على ما مر فى الوكالة فما معنى اشتراط توقف الفسخ ههنا على حضرة كل واحد من الأعلى والأسفل وأجيب عنه بوجهين أحدهما أن سبب الاشتراط ههنا هو السبب هنالك وهو دفع الضرر فان العقد كان بينهما وفى تفرد أحدهما الزام الفسخ على الآخر بدون علمه ونفس الزام أحدهما حكم الفسخ على الآخر بدون علمه ضرر لا محالة لان فيه جعل عقد الرجل العاقل البالغ كلا عقد وفيه ابطال فعله فلا يجوز بدون العلم كذا فى الشروح وقال فى النهاية وهذا الوجه هو الذى اختاره فى المبسوط وقصر صاحب العناية ذكر الجواب على هذا الوجه فكأنه اختاره أيضا (أقول) هذا الوجه محل الكلام فان كون نفس الزام الفسخ على الآخر ضررا أمر ظاهر لما ذكر من أن فيه ابطال فعل العاقل البالغ وأما مدخلية عدم علم الآخر بذلك الالزام فى كونه ضررا فغير ظاهر اذ على تقدير علم الآخر به ليس له قدرة على دفع ذلك عن نفسه لاستقلال كل واحد منهما فى فسخ العقد عند علم الآخر بلا ريب فيتحقق ابطال فعل الآخر فى صورة العلم أيضا بالضرورة والظاهر أن علم الانسان بالامر الذى يكرهه ولا يقدر على دفعه لا يجدى شيأ فاذن لم يظهر كون سبب اشتراط توقف الفسخ ههنا على حضرة كل واحد منهما دفع الضرر على هذا الوجه اللهم الا أن يقال دفع الضرر وان لم يتعين ههنا كما تعين فى صورة العزل عن الوكالة الا أنه مما يحتمل بارضاء الآخر بالبر والمجازاة لكن فيه ما فيه فتأمل وثانيهما أن فسخ أحدهما هذا العقد بغير محضر من صاحبه يتضمن اضرارا بصاحبه أما اذا كان الفسخ من الاسفل فلانه ربما يموت الاسفل فيحسب الاعلى ان ماله صار ميراثا له فيتصرف فيه فيصير مضمونا عليه وأما اذا كان الفسخ من الأعلى فلان الاسفل ربما يعتق عبيدا على حسبان أن عقل عبيده على مولاه ولو صح فسخ الاعلى يجب

لا يوجد قلنا التناصر يكون موجودا حاله تحقيقا أو تقديرا لقيام سببه (قوله الا أنه فى هذا) أى فى فسخ عقد الموالاة (قوله كما فى عزل الوكيل قصدا) أى عزل الوكيل قد لا يجوز بدون علمه ويجوز ضمنا فكذا المولى الاسفل ان يفسخ الولاء بغير محضر من الاول فى ضمن عقد الولاء مع غيره ولكن ليس للاعلى والاسفل ان يفسخ الولاء بغير محضر من صاحبه قصدا كما لا يكون للموكل عزل وكيله بدون علمه قصدا فان قيل فلماذا يجعل نية العقد مع الثانى موجبا فسخ العقد الاول قلنا لان الولاء كالنسب والنسب ما دام ثابتا من انسان لا يتصور

أرجح لان القرابة متفق على ثبوتها شرعا وان اختلفوا فى كونها سببا للارث وعقد الولاء مختلف فى ثبوته شرعا ولا يظهر الضعيف فى مقابلة القوى فلا يظهر استحقاق المولى معه بهذا السبب فى شئ من المال بخلاف الوصية بالثلث فانها خلافة فى المال مقصودا فلا يمكن جعل الثلث له لا بطريق الوصية لانه ما أوجب له ذلك مقصودا ولا بطريق الارث ليترجح استحقاق القريب عليه وخلا قوله (الا أنه يشترط فى هذا أن يكون بحضر من الآخر كما فى عزل الوكيل) فانه أورد عليه بان سبب اشتراط حضرة الوكيل فى

(قوله لان القرابة متفق الخ) أقول بحيث يترتب عليها الاحكام كحرمة المصاهرة ووجوب النفقة فى مثل العمة والخالة وغيرهما (قوله وعقد الولاء مختلف الخ) أقول بحيث يترتب عليه الاحكام (قوله فانها خلافة فى المآل الخ) أقول الظاهر أن يقال استخلاف بدل قوله خلافة (قوله وخلا قوله الا أنه الخ) أقول معطوف

حق العزل ظاهر وهو تضرر الوكيل بسبب الضمان عند رجوع الحقوق عليه اذا كان نقد من مال الموكل على ما مر في الوكالة فما معنى اشتراط توقف الفسخ ههنا على حضرة كل واحد من الاعلى والاسفل وأجيب بان سبب الاشتراط ههنا هو السبب هنالك وهو دفع الضرر فان العقد كان بينهما وفي تفرد أحدهما الزام الفسخ على الآخر بدون علمه والزام شئ على الآخر من غير علمه نفسه ضرر لا محالة لان فيه جعل عقد الرجل العاقل البالغ كلا عقد وفيه ابطال فعله بدون علمه وخلا قوله (لانه فسخ حكمي بمنزلة العزل الحكمي في الوكالة) فان عزل الوكيل حال غيبته مقصودا لا يصح وحكما يصح كما لو أعتق العبد الذي وكله ببيعه فانه أو رد عليه لما اذا يجعل صحة العقد مع الثاني موجبة فسخ العقد الاول وأجيب بان الولاء كالنسب والنسب مادام ثابتا من انسان لا يتصور ثبوته من غيره فكذلك الولاء فعرفنا أن من ضرورة صحة العقد مع الثاني بطلان العقد الاول ذكر ذلك كله في النهاية والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

(كتاب الاكراه)

قيل الموالاة تغير حال المولى الاعلى عن حرمة أكل مال المولى الاسفل بعد موته الى حكمه كما ان الاكراه يغير حال المخاطب من الحرمة الى الحل فكان مناسبا أن يذكر الاكراه عقيب الموالاة وهو في اللغة عبارة عن حمل الانسان على شئ يكرهه يقال أكرهت فلانا أي حملته على أمر يكرهه وفي اصطلاح الفقهاء عما ذكره بقوله اسم لفعل يفعله المرء بغيره فينتفي به رضاه أو يفسد به اختياره مع بقاء أهليته وتفسيره أن يحمل المرء غيره على المباشرة حملا ينتفي به رضاه وهو أعم من أن يكون مع فساد اختيار أو مع عدمه وهو اشارة الى نوعي الاكراه أو يفسد به اختياره وذلك يستلزم نفي عدم الرضا وهو اشارة الى القسم الآخر لكن لا بد من تقدير لا في أو يفسد به اختياره فذلك أنواع الاكراه الثلاثة وموضعه أصول الفقه

بغير محضر من الاول لانه فسخ حكمي بمنزلة العزل الحكمي في الوكالة قال (واذا عقل عنه لم يكن له أن يتحول بولائه الى غيره) لانه تعلق به حق الغير ولانه قضى به القاضي ولانه بمنزلة عوض ناله كالعوض في الهبة وكذا لا يتحول ولده وكذا اذا عقل عن ولده لم يكن لكل واحد منهما أن يتحول لانهم في حق الولاء كشخص واحد قال (وليس لمولى العتاقة أن يوالي أحدا) لانه لازم ومع بقائه لا يظهر الادنى

(كتاب الاكراه)

العقل على الاسفل بدون علمه فيتضرر كذا في النهاية ومعراج الدراية نقلا عن الذخيرة (أقول هذا الوجه في الجواب هو الصواب لان حاصله أن في الفسخ بدون علم صاحبه ضرر الاغترار وفي الاعلام دفع ذلك فلا بد منه ولا ريب أن هذا معقول المعنى (قوله لانه فسخ حكمي بمنزلة العزل الحكمي في الوكالة) قيل عليه لما ذا يجعل صحة العقد مع الثاني موجبة بطلان العقد الاول قلنا ان الولاء كالنسب والنسب مادام ثابتا من انسان لا يتصور ثبوته من غيره فكذلك الولاء فعرفنا ان من ضرورة صحة العقد مع الثاني بطلان العقد الاول كذا في عامة الشروح والكافي وعزاه في النهاية ومعراج الدراية الى المبسوط (أقول) في الجواب بحث من وجهين الاول ان قولهم والنسب مادام ثابتا من انسان لا يتصور ثبوته من غيره ممنوع فانه اذا كانت الامة بين شريكين فجاءت بولد فادعياه ثبت نسبه منهما عندنا كما مر في باب الاستيلاد من كتاب العتاق مدللا ومشروحا والثاني ان قياس الولاء على النسب يقتضي أن لا يصح عقد الولاء مع الثاني بعد أن يصح مع الاول اذ النسب لا يتصور ثبوته من انسان بعد ثبوته من آخر فينبغي أن يكون الولاء كذلك على مقتضى القياس فمن أين يتصور الاستدلال بصحة عقد الولاء مع الثاني على بطلان عقده مع الاول * ثم أقول يمكن أن يجاب عن الاول بان المراد أن النسب مادام ثابتا من انسان أولا لا يتصور ثبوته من غيره ثانيا وثبوت نسب ولد الامة المشتركة بين رجلين منهما انما هو فيما ادعياه معا وأما اذا ادعاه أحدهما أولا والآخر ثانيا فانما يثبت نسبه من الاول دون الثاني كما فصل في باب الاستيلاد من كتاب العتاق وعن الثاني بان القياس في مجرد عدم صحة اجتماع ثبوته للشخصين في حالة واحدة اذا كان ثبوته لهما على سبيل التعاقب لا في عدم صحة الانتقال من أحدهما الى الآخر فانه أمر آخر ناشئ من كون الثابت لازما وعقد الولاء عقد غير لازم فيخالف النسب من هذه الحيثية فلهذا يصح الانتقال فيه دون النسب فتأمل والله الموافق

(كتاب الاكراه)

ثبوته من غيره فكذا الولاء فعرفنا ان من ضرورة صحة العقد مع الثاني بطلان العقد الاول (قوله وكذا لا يتحول ولده) أي لا يتحول ولده الى غيره بعد الكبر لان ولاء الاب تأكد بعقل الجناية وتأكد التبع بتأكد الاصل فكما ليس للاب ان يتحول عنه بعد ما عقل جنايته فكذا ليس لولده اذا كبر والله أعلم بالصواب

(كتاب الاكراه)

على قوله خلافي قوله وكلامه في الفصل واضح لا يحتاج الى تفسير خلا قوله وان كان له وارث (قوله وخلا قوله لانه فسخ حكمي) أقول وهذا القول معطوف أيضا على قوله خلا فيما سبق *(كتاب الاكراه)* (قوله وتفسيره أن يحمل المرء غيره على المباشرة) أقول فيكون في قوله اسم لفعل الخ مجاز (قوله وذلك يستلزم نفي عدم الرضا) أقول فيه ما لا يخفى الا أن يقال الاستلزام بملاحظة مقابلة قوله أو يفسد لقوله ينتفي به رضاه اذ لولاه لم تصح المقابلة وفيه ما فيه (قوله لكن لا بد من تقدير لا في أو يفسد به اختياره) أقول لا يخفى عليك بعد ما ذكره وخفاء القرينة على

قال (الاكراه يثبت حكمه اذا حصل ممن يقدر على ايقاع ماتوعد به سلطانا كان أو لصا) لان الاكراه اسم لفعل يفعله المرء بغيره فينتفي به رضاه أو يفسد به اختياره

قيل في مناسبة الوضع لماذكر ولاء العتاقة لمناسبة المكاتب وذكر ولاء الموالاة لمناسبة ولاء العتاقة لاق ايراد الاكراه عقيب ولاء الموالاة لمناسبة أن في كل منهما تغير حال المخاطب من الحرمة الى الحل فان ولاء الموالاة يغير حال المخاطب الذي هو المولى الاعلى من حرمة تناول مال المولى الاسفل بعد موته الى حله بالارث فكذلك الاكراه يغير حال المخاطب الذي هو المكره من حرمة المباشرة الى حلها في عامة المواضع ثم ان الاكراه في اللغة عبارة عن حمل الانسان على شئ يكرهه يقال أكرهت فلانا كراها أي حملته على أمر يكرهه وأما في اصطلاح الفقهاء فقد ذكر في المبسوط ان الاكراه اسم لفعل يفعله المرء بغيره فينتفي به رضاه أو يفسد به اختياره من غير أن ينعدم به الاهلية في حق المكره أو يسقط عنه الخطاب فان المكره مبتلى والابتلاء يقرر الخطاب ألا يرى انه متردد بين فرض وحظر واباحة ورخصة ويأثم مرة ويؤجر أخرى وهو آية الخطاب وذكر في الايضاح أن الاكراه فعل يوجد من المكره فيحدث في المحل معنى فيصير به مدفوعا الى الفعل الذي طلب منه وذكر في الوافي انه عبارة عن تهديد القادر غيره على ماهدده بمكروه على أمر بحيث ينتفي به الرضا كذا في النهاية ومعراج الدراية وقال في النهاية ولك ان تختار من هذه الثلاث أيها شئت قلت وقد اختار المصنف عبارة المبسوط كما ترى وسيجيء ما يتعلق بتفسيرها وأما شرطه وحكمه فيأتي في الكتاب أثناء المسائل (قوله لان الاكراه اسم لفعل يفعله المرء بغيره) قال صاحب العناية وتفسيره أن يحمل المرء غيره على المباشرة حملا

هو في اللغة مصدر أكرهه اذا حمله على أمر يكرهه ولا يريده والكره بالفتح اسم منه وفي الشرع اسم لفعل يفعله المرء بغيره فينتفي به رضاه ثم يفسد به اختياره ان كان ملجئا والا لا يفسد ولا يزول به أهلية المكره ولا يسقط عنه الخطاب لان المكره مبتلى والابتلاء تحقق الخطاب ألا يرى أنه متردد بين فرض وحظر ورخصة ويأثم مرة ويؤجر أخرى وهو آية الخطاب وفي المبسوط ثم في الاكراه يعتبر معنى في المكره ومعنى في المكره ومعنى فيما أكره عليه ومعنى فيما أكره به فالمعتبر في المكره تمكنه من ايقاع ماهدد به فانه اذا لم يكن متمكنا من ذلك فاكراهه هذيان وفي المكره ان يكون خائفا على نفسه من جهة المكره في ايقاع ماهدد به عاجلا لانه لا يصير ملجأ محمولا طبعا الا بذلك وفيما أكره به ان يكون متلفا أو مزمنا أو متلفا عضوا أو موجبا لما ينعدم الرضا باعتباره وفيما أكره عليه ان يكون المكره ممتنعا عنه قبل الاكراه اما لحقه أو لحق آدمي آخر أو لحق الشرع وبحسب اختلاف هذه الاحوال يختلف الحكم والاصل ان تصرفات المكره قولا منعقدة عندنا الا ان ما يحتمل الفسخ منه كالبيع والاجارة يفسخ ومالا يحتمل الفسخ منه كالطلاق والعتاق والنكاح والتدبير والاستيلاد فهو لازم فاذا عرف هذا فنقول اذا أكره على بيع ماله أو على شراء سلعة أو على ان يقر لرجل بالف أو يؤاجر داره فاكره على ذلك بالقتل أو بالضرب الشديد أو بالحبس أي المديد منه ففعل فهو بالخيار ان شاء مضى البيع وان شاء فسخه ورجع بالمبيع لان الاكراه الملجي يعدم الرضا والرضا شرط صحة هذه العقود قال الله تعالى الا أن تكون تجارة عن تراض فان قيل الآية وان أثبتت الحرمة بدون الرضا لكن مطلق قوله تعالى أحل الله البيع وحرم الربا يوجب جواز البيع وان انعدم التراضي قلنا البيع لغة مبادلة المال بالمال بالتراضي والاصل ورود الشرع على وفاق الحقيقة ولانه مخصوص فيخص بدون الرضا فان قيل هذا بمنزلة الشرط والشرط يقتضي الوجود عند الوجود ولا يقتضي العدم عند عدمه كما في قوله تعالى من فتياتكم المؤمنات قلنا أول الآية لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل واستثنى منه التجارة بالتراضي فيبقى غيره في صدر الكلام توضيحه ان المستثنى لما كانت بصفة التراضي يكون المستثنى منه بخلاف التراضي وهو المكره وهذا كقوله عليه السلام لا تبيعوا الطعام بالطعام الا سواء بسواء وفي المبسوط والحد في الحبس الذي هو اكراه ما يجيء الاغتمام البين به وفي الضرب الذي هو اكراه ما يجد منه الالم الشديد وليس في ذلك حد لا يزاد عليه

تقدير لا والظاهر أن المراد من قوله ينتفي به رضاه انتفاء الرضا فقط بدون فساد الاختيار بقرينة المقابلة وانما لم يتعرض للقسم الثالث مثل الاكراه بضرب سوط أو حبس يوم على ما يجيء لعدم ترتب أحكام الاكراه عليه قال المصنف (فينتفي به رضاه) أقول فقط دون أن يفسد به اختياره فانه اذا قوبل الخاص بالعام يراد بالعام ماعدا ذلك الخاص

وقوله (مع بقاء أهليته) اشارة الى كون المكره لم يسقط عنه الخطاب لان الخطاب بالاهلية واذا كانت الاهلية ثابتة كان المكره مخاطبا وأما شرطه وحكمه فيأتى فى أثناء الباب قال (الاكراه يثبت حكمه اذا حصل ممن يقدر على ايقاع ماتوعد به) شرط الاكراه حصوله من قادر على ايقاع المتوعد به) سلطانا كان أو لصا) وخوف المكره وقوعه بان يغلب على ظنه أنه يفعله ليصير بالاكراه محمولا على مادعى اليه من المباشرة فاذا حصل بشرائطه يثبت حكمه على ماسيجيء مفصلا ولم يفرق بين حصوله من السلطان واللص (لان تحققه يتوقف على خوف المكره تحقيق ماتوعد به ولا يخاف الا اذا كان المكره قادرا على ذلك والسلطان وغيره عند تحقق القدرة سيان) عندهما (والذى قاله أبو حنيفة رحمه الله ان الاكراه لا يتحقق الا من السلطان لما أن المنعة له والقدرة لا تحقق بدون المنعة فقد قال المشايخ رحمهم الله هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة و برهان لان مناط الحكم القدرة ولم تكن فى زمنه الا للسلطان ثم بعد ذلك تغير أهل الزمان فاذا أكره على بيع ماله أو شراء سلعة أو الاقرار بماله أو اجارة داره بالقتل أو قطع عضو أو بالضرب الشديد أو بالحبس) فهو اكراه يترتب عليه الحكم فان فعل مادعى اليه ثم زال الاكراه (فهو بالخيار ان شاء أمضى وان شاء فسخ لان من شرط صحة هذه العقود التراضى قال الله تعالى الا أن تكون تجارة عن تراض منكم

مع بقاء أهليته وهذا انما يتحقق اذا خاف المكره تحقيق ماتوعد به وذلك انما يكون من القادر والسلطان وغيره سيان عند تحقق القدرة والذى قاله أبو حنيفة أن الاكراه لا يتحقق الا من السلطان لما أن المنعة له والقدرة لا تحقق بدون المنعة فقد قالوا هذا اختلاف عصر و زمان لا اختلاف حجة و برهان ولم تكن القدرة فى زمنه الا للسلطان ثم بعد ذلك تغير الزمان وأهله ثم كما تشترط قدرة المكره لتحقق الاكراه يشترط خوف المكره وقوع مايهدد به وذلك بان يغلب على ظنه أنه يفعله ليصير به محمولا على مادعى اليه من الفعل قال (واذا أكره الرجل على بيع ماله أو على شراء سلعة أو على أن يقر لرجل بالف أو يؤاجر داره فأكره على ذلك بالقتل أو بالضرب الشديد أو بالحبس فباع أو اشترى فهو بالخيار ان شاء أمضى البيع وان شاء فسخه ورجع بالمبيع) لان من شرط صحة هذه العقود التراضى قال الله تعالى الا أن تكون تجارة عن تراض منكم

ينتفى به رضاه وهو أعم من أن يكون مع فساد اختيار أو مع عدمه وهو اشارة الى نوعى الاكراه و يفسد به اختياره وذلك يستلزم نفى عدم الرضا وهو اشارة الى القسم الآخر لكن لابد من تقدير لا فى أو يفسد به اختياره فتلك أنواع الاكراه الثلاثة وموضعه أصول الفقه اه كلامه (أقول) قد خرج الشارح المذكور فى تفسير كلام المصنف هذا عن سنن الصواب وسلك مسلكا لا يرتضيه أحد من ذوى الالباب وان شئت ماهو التحقيق فى هذا المقام فاستمع لما نتلو عليك من الكلام فاعلم ان الشائع المذكور فى عامة الكتب من الاصول والفروع هو ان الاكراه نوعان نوع يعدم الرضا و يفسد الاختيار وذلك بان يكون بقتل أو بقطع عضو وهو الاكراه الملجئ ونوع يعدم الرضا ولا يفسد الاختيار وذلك بان يكون بضرب أو بقيد أو بحبس وهو الاكراه الغير الملجئ وكل منهما لا ينافى الاهلية ولا الخطاب وأما فخر الاسلام البزدوى فقال فى أصوله الاكراه ثلاثة أنواع نوع يعدم الرضا و يفسد الاختيار وهو الملجئ ونوع يعدم الرضا ولا يفسد الاختيار وهو الذى لا يلجئ ونوع آخر لا يعدم الرضا وهو أن يهم بحبس أبيه أو ولده أو مايجرى مجراه والاكراه بجملته لا ينافى أهليته ولا يوجب وضع الخطاب اه وقال صاحب الكشف فى شرح هذا المقام من أصول فخر الاسلام الاكراه حمل الغير على أمر يكرهه ولا يريد مباشرته لولا الحمل عليه و يدخل فى هذا التعريف الاقسام الثلاثة المذكورة فى الكتاب قال شمس الائمة هو اسم لفعل يفعله الانسان بغيره فينتفى به رضاه أو يفسد به اختياره ولم يدخل فيه القسم الثالث الذى ذكر فى الكتاب وكأنه لم يجعله من أقسام الاكراه لعدم ترتب أحكامه عليه الى هنا كلام صاحب الكشف اذا عرفت هذا فقد ظهر لك أن ماذكره المصنف ههنا من معنى الاكراه وماذكره شمس الائمة فى المبسوط بعينه وأن القسم الثالث من الاقسام الثلاثة المذكورة فى أصول فخر الاسلام غير داخل فى هذا المعنى كما توهمه صاحب العناية وانما هو داخل فى معنى الاكراه لغة كما أشار اليه صاحب الكشف وهو أن وجه عدم ادخال ذلك القسم فى معنى الاكراه شرعا عدم ترتب أحكام الاكراه عليه فان الاكراه فى عرف الشرع ماترتب عليه أحكامه وانكشف عندك أيضا سر ماوقع فى عامة الكتب من تنويع الاكراه الى نوعين فقط فان المقصود بالبيان فى الكتب الشرعية أحوال الاكراه الذى يترتب عليه الحكم الشرعى ثم ان ماارتكبه صاحب العناية فى تفسير ماذكره المصنف ههنا مع كونه خلاف ماهو الواقع كما عرفت غير صحيح فى نفسه أما أولا فلانه جعل قول المصنف فينتفى به رضاه أعم من أن يكون مع فساد اختيار أو مع عدمه مع ان مقابلة قوله

ولا ينقص منه لان نصب المقادير بالرأى لا يكون ولكن ذلك على قدر مايرى الحاكم اذا رفع ذلك اليه فما

قال المصنف (والذى قاله أبو حنيفة ان الاكراه لا يتحقق الا من السلطان) أقول الفتوى فى تحقق الاكراه من غير السلطان على قولهما

والاكراه بهذه الاشياء يعدم الرضا فيفسد بخلاف ما اذا أكره بضرب سوط أو حبس يوم أو قيد يوم لانه لا يبالى به بالنظر الى العادة فلا يتحقق به الاكراه الا اذا كان الرجل صاحب منصب يعلم أنه يستضر به لفوات الرضا

أو يفسد به (٢) رضاه تمنعه قطعا وأما ثانيا فلانه قال ان قول المصنف أو يفسد به اختياره يستلزم نفى عدم الرضا ولا معنى له لانه ان أراد أنه بحسب ظاهره أى بدون تقدير شئ آخر يستلزم ذلك فليس كذلك قطعا لان فساد الاختيار انما يستلزم عدم الرضا لا نفى عدمه وهو ثبوت الرضا وان أراد أنه اذا أخرج عن ظاهره بتقدير لا كما ذكره فيما بعد يستلزم ذلك فليس كذلك أيضا اذ بتقدير لا يصير المعنى أو لا يفسد به اختياره وذلك بان يصح اختياره معه ولا شك ان صحة الاختيار لا تستلزم نفى عدم الرضا وهو ثبوت الرضا لجواز أن يصح الاختيار وانعدام الرضا كما فى النوع الغير الملجئ من نوعى الاكراه على ما مر وأما ثالثا فلانه قال وهو اشارة الى القسم الآخر لكن لا بد من تقدير لا فى أو يفسد به اختياره وهو أيضا مختل لان هذا التقدير مع كونه خلاف الظاهر جدا سيما فى مقام التعريف لا يجدى ما ذكره من كون مقصود المصنف الاشارة الى الانواع الثلاثة للاكراه لان نفى فساد الاختيار انما يفيد صحة الاختيار وهى لا تقتضى الرضا بل تحقق عدم الرضا أيضا كما عرفت آنفا فلا تحصل الاشارة بقوله أو يفسد به الاختيار على تقدير كلمة لا فيه الى القسم الثالث من الاكراه لصدقه على القسم الثانى من النوعين الاولين كما ترى اللهم الا أن يقال نفى فساد الاختيار فى مقابلة انتفاء الرضا يدل على بقاء الرضا فى المقابل فيخرج القسم الثانى من النوعين الاولين لكن لا يخفى على ذى مسكة ان المعنى الذى نسبه الشارح المزبور ههنا الى المصنف كان يحصل بان يقول بدل قوله أو يفسد به اختياره أو لا بمعنى أو لا ينتفى به رضاه فهل يجوز العاقل بمثل المصنف أن يترك ذلك اللفظ الاقصر الخالى عن التمحلات باسرها لو أراد افادة ذلك المعنى الذى نسبه الشارح المزبور اليه و يختار هذا اللفظ الاطول المشتمل على تمحلات كثيرة فى افادة ذلك المعنى ولعمرى ان رتبة المصنف بمعزل عن مثل ذلك فالحق أن مراده بقوله فينتفى به رضاه أن ينتفى به رضاه بدون فساد اختياره بقرينة مقابلة قوله أو يفسد به اختياره فان العام اذا قوبل بالخاص يراد به ما عدا ذلك الخاص كما فى قوله تعالى حافظوا على الصلوات والصلاة الوسطى فكان قوله فينتفى به رضاه اشارة الى أحد نوعى الاكراه وهو غير الملجئ وقوله أو يفسد به اختياره اشارة الى النوع الآخر منهما وهو الملجئ فانتظم كلامه من غير كلفة أصلا وانطبق لما فى عامة الكتب (قوله والاكراه بهذه الاشياء يعدم الرضا) أراد بهذه الاشياء القتل والضرب الشديد والحبس المديد وهذا مع كونه أظهر من أن يخفى قد خفى على الشارح العينى فقال فى تفسير قول المصنف بهذه الاشياء يعنى بالبيع وأخواته ولم يدر أن البيع وأخواته من المكره عليه لا من المكره به وهذا نظير سائر سقطاته فى كتابه هذا (قوله بخلاف ما اذا أكره بضرب سوط أو حبس يوم أو قيد يوم لانه لا يبالى به بالنظر الى العادة فلا يتحقق به الاكراه) أقول يرد على ظاهر هذا التحرير أن آخر الكلام يناقض أوله فانه قال فى أوله بخلاف ما اذا أكره بضرب سوط أو حبس يوم أو قيد يوم فدل ذلك على تحقق الاكراه فى هذه الصور أيضا والا لما قال بخلاف ما اذا أكره بل كان ينبغى أن يقول بخلاف ما اذا ضرب بسوط أو حبس يوما أو قيد يوما وقال فى آخره فلا يتحقق به الاكراه وهذا صريح فى عدم تحقق الاكراه فى هاتيك الصور فتناقضا والجواب ان المراد بالاكراه فى قوله بخلاف ما اذا أكره معناه اللغوى وهو حمل الانسان على أمر يكرهه كما مر ولا شك فى تحقق هذا المعنى فى هاتيك الصور والذى نفاه فى آخر الكلام انما هو تحقق الاكراه على معناه الشرعى الذى تترتب عليه أحكامه فلا تناقض ولك أن تقول التعبير بالاكراه فى قوله بخلاف ما اذا أكره للمشاكلة كما فى قوله تعالى تعلم ما فى نفسى ولا أعلم ما فى نفسك فحينئذ لا يكون لفظ الاكراه هنالك حقيقة لا لغوية ولا شرعية بل يصير مجازا فلا تناقض أصلا

رأى أنه اكراه أبطل الاقرار به لان ذلك يختلف باختلاف أحوال الناس

والاكراه بهذه الاشياء يعدم الرضا) وانتفاء الشرط يستلزم انتفاء المشروط (فيفسد وان أكره بضرب سوط أو حبس يوم أو قيد يوم لم يكن اكراها لانه لا يبالى به نظرا الى العادة الا ان كان المكره صاحب منصب يعلم أنه يستضر به) فهو اكراه (١) لوجود العلة حينئذ وهو (فوات الرضا)

(٢) قوله أو يفسد به رضاه كذا فى النسخ التى بأيدينا وصوابه أو يفسد به اختياره اه مصححه

(قوله وكذا الاقرار حجة) معطوف على قوله والاكراه بهذه الاشياء بعدم الرضا فيفسد أى والاقرار أيضا يفسد بالاكراه بهذه الاشياء وذلك لان الاقرار انما صار حجة فى غير الاكراه لترجح جنبة الصدق وعند الاكراه يحتمل الكذب لدفع المضرة فلا يكون حجة بخلاف ما اذا أكره على الاقرار بالف بضرب سوط أو حبس يوم فاقر به فهو اقرار كما فى البيع الا اذا كان المكره صاحب منصب أى عز ومرتبة فان الشرفاء والاجلاء من العلماء والكبراء يستنكفون عن ضرب سوط واحد وحبس يوم واحد أكثر مما يستنكف غيرهم من ضرب سياط وحبس أيام ولهذا قال محمد رحمه الله ليس فى ذلك تقدير لازم بل ذلك على حسب ما يرى الحاكم من حال من ابتلى به (ثم اذا باع مكرها وسلم مكرها يثبت به الملك عندنا وعند زفر رحمه الله لا يثبت لانه بيع موقوف على الاجازة ألا ترى أنه لو أجاز جاز والموقوف) على الاجازة (قبل الاجازة لا يفيد الملك) كالبيع بشرط الخيار (ولنا أن ركن البيع صدر من أهله مضافا الى محله) لان الايجاب والقبول صدر من المالك البالغ العاقل وصادف محله وهو الملك (والفساد لفقد شرطه وهو التراضى) قال الله تعالى الا أن تكون تجارة عن تراض منكم وتأثير انتفاء الشرط فى فساد العقد لا غير كانتفاء المساواة فى باب الربا (فيثبت الملك عند القبض) والبيع بشرط الخيار انما لا يفيده لانه جعل العقد فى حق حكمه كالمتعلق بالشرط والمتعلق بالشرط معدوم قبل الشرط فاذا ثبت أنه يفيد الملك عند القبض (فلو قبضه وأعتقه أو تصرف فيه تصرفا لا يمكن نقضه) كالتدبير والاستيلاد (جاز ولزمه القيمة كما فى سائر البياعات الفاسدة) فان قيل لو كان كسائر البياعات الفاسدة لما عاد جائزا بالاجازة كهو أجاب بان باجازة المالك يرتفع المفسد وهو الاكراه وعدم الرضا فيجوز بخلاف سائرها فان المفسد فيه باق

كذا الاقرار حجة لترجح جنبة الصدق فيه على جنبة الكذب وعند الاكراه يحتمل أيكذب لدفع المضرة ثم اذا باع مكرها وسلم مكرها يثبت به الملك عندنا وعند زفر لا يثبت لانه بيع موقوف على الاجازة ألا ترى أنه لو أجاز جاز والموقوف قبل الاجازة لا يفيد الملك ولنا أن ركن البيع صدر من أهله مضافا الى محله والفساد لفقد شرطه وهو التراضى فصار كسائر الشروط المفسدة فيثبت الملك عند القبض حتى لو قبضه وأعتقه أو تصرف فيه تصرفا لا يمكن نقضه جاز ويلزمه القيمة كما فى سائر البياعات الفاسدة وباجازة المالك يرتفع المفسد وهو الاكراه وعدم الرضا فيجوز الا أنه لا ينقطع به حق استرداد البائع وان تداولته الايدى ولم يرض البائع بذلك بخلاف سائر البياعات الفاسدة لان الفساد فيها لحق الشرع وقد تعلق بالبيع الثانى حق العبد وحقه مقدم لحاجته أما ههنا الرد لحق العبد وهما سواء فلا يبطل حق الاول لحق الثانى قال رضى الله تعالى عنه ومن جعل البيع الجائز المعتاد بيعا فاسدا يجعله كبيع المكره حتى ينقض بيع المشترى من غيره لان الفساد لفوات الرضا

(قوله وكذا الاقرار حجة الخ) قال فى النهاية والعناية قوله وكذا الاقرار حجة معطوف على قوله والاكراه بهذه الاشياء بعدم الرضا فيفسد أى والاقرار أيضا يفسد بالاكراه بهذه الاشياء وذلك لان الاقرار انما صار حجة فى

(قوله ولنا ان ركن البيع وهو الايجاب والقبول صدر من أهله لكونه مكلفا فى محله) اذ الكلام فيه والفساد لفقد شرطه وهو التراضى اذ تأثير فوات شرط الجواز فى افساد العقد كما فى الربا فان المساواة فى الاموال الربوية شرط جواز العقد فاذا عدم المساواة يفسد العقد ويثبت الملك للمشترى بالقبض فهذا مثله فان قيل لو كان بمنزلة البيع الفاسد وجب ان لا يعود جائزا فى الاحوال كلها كما لو باع درهما بدرهمين وأشباهه قلنا بيع المكره يشبه البيع الموقوف من حيث توقفه على اجازة المالك له والبيع الفاسد من حيث أنه صدر عن المالك مع عدم شرط جوازه فمن حيث أنه يشبه البيع الموقوف ففى أى وقت اجازه المالك يعود جائزا ومن حيث انه يشبه الفاسد يفيد الملك بعد القبض عملا بالشبهين وانما عملنا على هذا الوجه لانا متى أظهرنا شبه الموقوف فى حق المالك ولم يوجد الملك بعد القبض لا يبقى اشبه الفاسد عمل فيتعطل العمل بالشبهين فان قيل بيع المكره دون البيع بشرط الخيار فالبائع هناك رضى بالسبب دون وصفه وهو اللزوم وههنا البائع غير راض باصل السبب قلنا البائع بشرط الخيار غير راض بالسبب فى الحال لانه علقه بالشرط فلا يتم رضاه به قبل الشرط فكان أضعف من بيع المكره لان المكره راض بالبيع لدفع الشر به عن نفسه غير راض بحكم السبب وهذا ولانه عرف الشرين واختار أهونهما فكان قاصدا لاختيار الكن لا لعينه بل لدفع الشر عن نفسه (قوله ومن جعل البيع الجائز المعتاد) أى بسمرقند ونوحها يريد بيع الوفاء وهو ان يقول البائع للمشترى بعت

(قوله الا أنه لا ينقطع به) استثناء من قوله كما فى سائر البياعات الفاسدة فان فيه اذا باع المشترى ما اشتراه بشراء فاسد لم يبق للبائع الاول حق استرداده وههنا لا ينقطع بسبب الاكراه حق الاسترداد للبائع وان تداولته الايدى ولم يرض البائع بذلك لان الفساد فى البياعات الفاسدة لحق الشرع وقد تعلق بالبيع الثانى حق العبد وحقه مقدم على حق الله تعالى لحاجته أما ههنا فالرد لحق العبد وهما سواء فلا يبطل حق الاول لحق الثانى قال المصنف رحمه الله (ومن جعل البيع الجائز المعتاد) يريد به بيع الوفاء صورته أن يقول البائع للمشترى بعت منك هذا العين بمالك على من الدين على أنى متى قضيت الدين فهو لى أو يقول بعت منك هذا العين بكذا على أنى ان دفعت اليك ثمنك تدفع العين الى وقد اختلف الناس فيه ومشايخ سمرقند جعلوه بيعا جائزا مفيدا بعض الاحكام وهو الانتفاع به دون البيع والهبة على ما هو المعتاد بين الناس للحاجة اليه واختاره المصنف رحمه الله وأشار اليه بقوله البيع الجائز المعتاد ومن المشايخ من جعله

بيعا فاسدا او جعله كالبيع المكره عليه حتى ينقض بيع المشترى من غيره لان الفساد لفوات الرضا كما فى البيع المكره عليه ومنهم من جعله رهنا القصد المتعاقدين لانهما وان سمياه بيعا لكن غرضهما الرهن والعبرة للمقاصد والمعانى ولا يملكه المرتهن ولا يطلق له الانتفاع الا باذن مالكه وهو ضامن لما أكل من ثمره واستهلكه من عينه والدين ساقط بهلاكه فى يده اذا كان وفى بالدين ولا ضمان عليه فى الزيادة اذا هلك بغير صنعه وللبائع استرداده اذا قضى دينه لا فرق عندنا بينه وبين الرهن ومنهم من جعله بيعا باطلا اعتبارا بالهازل لانهما تكلما بلفظ البيع وليس قصدهما فكان لكل منهما أن يفسخ بغير رضا صاحبه ولو أجاز أحدهما لم يجز على صاحبه ومعنى قوله (هو المعتاد) أنهم فى عرفهم لا يفهمون لزوم البيع بهذا الوجه بل يجوزونه الى أن يرد البائع الثمن الى المشترى ويبقى المشترى يرد المبيع على البائع من غير امتناع ولا يكون ذلك الا اذا لم يخرج عن ملكه ببيع أو هبة ولهذا اسموه بيع الوفاء لانه وفى بما عهد من رد المبيع قال (فان كان قبض الثمن طوعا الخ) اذا قبض البائع الثمن طوعا فقد أجاز البيع لانه دلالة الاجازة كما فى البيع الموقوف اذا قبض الثمن كان اجازة ودلالة الاجازة تقوم مقام الاجازة فكذا اذا سلم المبيع طائعا بان كان الاكراه على البيع لا على الدفع لانه دلالة الاجازة بخلاف ما اذا أكره على الهبة ولم يذكر الدفع فوهب كرها ودفع طائعا حيث يكون العقد باطلا أى فاسدا يوجب الملك بعد القبض كالهبة الصحيحة بناء على أصلنا ان فساد السبب لا يمنع وقوع الملك بالقبض فان تصرف فيه نفذ تصرفه وعليه ضمان قيمته والفرق بينهما أن مقصود المكره ما يتعلق به الاستحقاق لا مجرد اللفظ وما يتعلق به الاستحقاق فى الهبة بالقبض وفى البيع بالعقد فكان الاكراه على الهبة اكراها الاستحقاق

ومنهم من جعله رهنا لقصد المتعاقدين ومنهم من جعله باطلا اعتبارا بالهازل ومشايخ سمرقند رحمهم الله جعلوه بيعا جائزا مفيدا بعض الاحكام على ما هو المعتاد للحاجة اليه قال (فان كان قبض الثمن طوعا فقد أجاز البيع) لانه دليل الاجازة كما فى البيع الموقوف وكذا اذا سلم طائعا بان كان الاكراه على البيع لا على الدفع لانه دليل الاجازة بخلاف ما اذا أكرهه على الهبة ولم يذكر الدفع فوهب ودفع حيث يكون باطلا لان مقصود المكره

غير الاكراه لترجح جنبة الصدق وعند الاكراه يحتمل الكذب لدفع المضرة فلا يكون حجة اهـ (أقول) الظاهر عندى ان قوله وكذا الاقرار حجة الخ معطوف على قوله لان من شرط صحة هذه العقود التراضى الى قوله فيفسد لا على قوله والاكراه بهذه الاشياء يعدم الرضا فيفسد لان قوله والاكراه بهذه الاشياء يعدم الرضا بعض الدليل بمنزلة الكبرى من غير الشكل الاول فعطف قوله وكذا الاقرار حجة الخ على تلك المقدمة من الدليل يقتضى المشاركة فى المقدمة الاولى مع ان المذكور فى حيز قوله وكذا الاقرار حجة دليل مستقل فى حق فساد الاقرار بالاكراه غير مستند بمقدمة من الدليل السابق كما يفصح عنه التقرير المذكور فى النهاية والعناية فالوجه أن يكون معطوفا على مجموع الدليل السابق لا على بعضه والذوق الصحيح يشهد بما ذكرناه كله تدبر ترشد (قوله ومنهم من جعله باطلا اعتبارا بالهازل) قال بعض الفضلاء لا يخفى على من يعرف معنى الهزل ان بهذا القدر لا يكون المتكلم هازلا اهـ (أقول) لم يقل من جعله باطلا ان المتكلم به هازل حقيقة حتى يتجه عليه ما ذكره ذلك

منك هذا بمالك على من الدين على أنى متى قضيت الدين فهولى (قوله ومنهم من جعله رهنا لقصد المتعاقدين) لان المتعاقدين وان سمياه بيعا ولكن غرضهما الرهن والعبرة فى العقود للمعانى فالكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة بشرط ان لا يبرأ كفالة وهبة الحرة نفسها مع تسمية المهر نكاح والاعارة بأجر اجارة ولما كان هذا كالرهن فى يد المرتهن لا يملكه المرتهن ولا يطلق له الانتفاع الا باذن مالكه وهو ضامن لما أكل من ثمره واستهلك من عينه والدين ساقط بهلاكه فى يده اذا كان به وفاء بالدين ولا ضمان عليه فى الزيادة اذا هلك من غير صنعه وللبائع استرداده اذا قضى دينه لا فرق بينه وبين الرهن فى حكم من الاحكام وكان لسيد الامام

(قوله ومنهم من جعله بيعا باطلا اعتبارا بالهازل الخ) أقول لا يخفى على من يعرف معنى الهزل أن بهذا القدر لا يكون المتكلم هازلا (قوله فكان لكل منهما أن يفسخ بغير رضا صاحبه) أقول اذا كان باطلا لا ينعقد والفسخ فرع الانعقاد قوله الا اذا لم يخرج عن ملكه) أقول الضمير فى ملكه راجع الى المشترى قال المصنف (بخلاف ما اذا أكرهه على الهبة) أقول واذا أكرهه على الهبة والتسليم فالهبة فاسدة وان أكرهه على الهبة لا غير فلم المكره بعد ذلك أو سلم والمكره حاضر فالقياس أن تجوز الهبة وتكون هبة طائع وفى الاستحسان لا تجوز ولو سلم والمكره غائب بحيث لا يعود جازت الهبة استحسانا وقياسا (قوله بناء على أصلنا ان فساد السبب لا يمنع وقوع الملك بالقبض) أقول هذا على احدى الروايتين وعلى الرواية الاخرى لا يثبت الملك بالقبض فى الهبة الفاسدة على ما ذكره العلامة الاتقانى فى باب أحكام البيع الفاسد فيجوز أن يكون كلام المصنف مبنيا على تلك الرواية وفى البزازية فى كتاب الهبة أيضا تفصيل متعلق بالمقام فالقوى ما ذكرنا اذ فيها ترجيح رواية عدم ثبوت الملك (قوله والفرق الى قوله وفى البيع بالعقد) أقول فيه بحث لان تعلق الاستحقاق فى البيع الفاسد أيضا بالقبض على ما مر فى أحكام البيع الفاسد والبيع المكره عليه فاسد تأمل فى جوابه ليظهر لك فان المراد ما يتعلق به الاستحقاق فى أصل الوضع وقد صرح به فى بعض الشروح ونبه عليه المصنف بقوله على ما هو الاصل ثم لا يخفى عليك أن الاكراه اذا كان على البيع الفاسد ينبغى أن يكون حكمه حكم الهبة المكره عليها الا أن يقال البيع فى أصل الوضع يتعلق به الاستحقاق وعدم الاستحقاق لعارض كخيار الشرط والشرط الفاسد لا يضر وهذا هو الصحيح

الاستحقاق لا بمجرد اللفظ وذلك في الهبة بالدفع وفي البيع بالعقد على ما هو الاصل فدخل الدفع في الاكراه على الهبة دون البيع قال (وان قبضه مكرها فليس ذلك باجازة وعليه رده ان كان قائما في يده) لفساد العقد قال (وان هلك المبيع في يد المشتري وهو غير مكره ضمن قيمته للبائع) معناه والبائع مكره لانه مضمون عليه بحكم عقد فاسد (وللمكره أن يضمن المكره ان شاء) لانه آلة له فيما يرجع الى الاتلاف فكأنه دفع مال البائع الى المشتري فيضمن أيهما شاء كالغاصب وغاصب الغاصب فلو ضمن المكره رجع على المشتري بالقيمة لقيامه مقام البائع وان ضمن المشتري

القائل بل قال أنه كالهازل بناء على أن المتكلم بلفظ البيع هنالك لا يقصد معنى البيع والا فلا شك أن من شرط كون المتكلم هازلا حقيقة أن تجري المواضعة قبل العقد بان يقال نحن نتكلم بلفظ العقد هازلا كما تقرر في علم الاصول وفي صورة بيع الوفاء لا يوجد ذلك الشرط قطعا ويرشد الى كون المراد ما ذكرناه قوله اعتبارا بالهازل فان معناه قياسا على الهازل ولا ريب أن القياس انما يتصور بين الشيئين المتغايرين بحسب الذات المشتركين في العلة

أبو شجاع على هذا وأوصى بنيه عند موته بهذا وحين قدم القاضي الامام علي السغدي رحمه الله من بخارا بسمرقند فاستفتي بهذا فكتب أنه رهن وليس ببيع ففرح السيد الامام بموافقة فتواه وكان لا يخالفهم في زمانهم الا بعض الشباب وكان ضعيفا وسئل القاضي الامام الحسن الماتريدي رحمه الله عمن باع داره من آخر بثمن معلوم بيع الوفاء وتقابضا ثم استأجرها من المشتري مع شرائط صحة الاجارة وقبضها ومضت المدة هل يلزم الاجرة فقال لا لانه عندنا رهن والراهن اذا استأجر من المرتهن لا يجب عليه الاجر بهذه الاجارة فكذا هذا ثم من يجعل بيع الوفاء بمنزلة بيع المكره الصدر الشهيد تاج الاسلام والامام ظهير الدين الصدر الشهيد حسام الدين رحمهم الله لان الفساد باعتبار فوت الرضا فصار كبيع المكره ومن جعله باطلا يعتبره بالهازل وثم اذا تواضعا على الهزل باصله ثم اتفقا على البناء فان البيع منعقد لان الهازل مختار راض مباشرة السبب لكنه غير راض ولا مختار لحكمه فكان كخيار الشرط مؤبدا وانعقد العقد فاسدا غير موجب للملك لخيار المتبايعين أبدا ومشايخ سمرقند رحمهم الله جعلوه بيعا جائزا مفيدا بعض الاحكام وهو الانتفاع دون البعض وهو البيع لحاجة الناس اليه وفي الكافي للنسفي والصحيح ان العقد الذي يجري بينهما ان كان بلفظة البيع لا يكون رهنا ثم ينظر ان ذكرا شرط الفسخ في البيع فسد البيع وان لم يذكرا ذلك في البيع وتلفظا بلفظ البيع بشرط الوفاء أو تلفظا بالبيع الجائز وعندهما هذا البيع عبارة عن بيع غير لازم فكذلك وان ذكرا البيع من غير شرط ثم ذكرا الشرط على وجه الميعاد جاز البيع ويلزم الوفاء بالميعاد لان المواعيد قد تكون لازمة فيجعل هذا الميعاد لازما لحاجة الناس (قوله وفي البيع بالعقد على ما هو الاصل) يريد به ان الاصل في البيع ان يتعلق الاستحقاق به من غير قبض والتوقف على القبض أو الاجازة من العوارض فلم يكن الاكراه على البيع اكراها على الدفع فكان الدفع عن اختيار منه وهو دليل الاجازة أما الهبة في أصل الوضع فلا يتعلق بها الاستحقاق من غير قبض فكان الاكراه على الهبة اكراها على الدفع نظرا الى مقصود المكره وهو حمله على شيء يتعلق به الاستحقاق وازالة الملك ليتضرر به لا صورة العقد (قوله وان قبضه مكرها) أي ان قبض الثمن مكرها فليس ذلك باجازة وعليه رده ان كان قائما في يده لفساد العقد بالاكراه وان كان هالكا لا يأخذ منه شيئا لان الثمن كان أمانة عند المكره لانه أخذه باذن المشتري والقبض متى كان باذن المالك فانما يجب الضمان اذا قبضه للتملك وهو لم يقبضه للتملك لانه كان مكرها على قبضه فكان أمانة (قوله لانه آلة له فيما يرجع الى الاتلاف) أي وان لم يصلح آلة له من حيث انه كلام لان التكلم بلسان الغير لا يصح فلو ضمن المكره رجع على المشتري بالقيمة لقيامه مقام البائع باداء الضمان لان المضمون يصير ملكا للضامن من وقت سبب الضمان (قوله وان ضمن المشتري) أي أحد المشترين نفذ كل شراء كان بعد

على الدفع دون البيع (وان قبضه) أي الثمن (مكرها فليس ذلك باجازة وعلى المكره رده ان كان قائما في يده لفساد العقد) فيكون الثمن أمانة عند المكره لانه أخذه باذن المشتري والقبض متى كان باذن المالك انما يوجب الضمان اذا كان للتملك وههنا لم يكن كذلك لانه كان مكرها على قبضه (وان هلك المبيع في يد المشتري وهو غير مكره والبائع مكره ضمن قيمته للبائع) لانه مضمون عليه بحكم عقد فاسد لعدم الرضا كما تقدم وما هو كذلك فهو مضمون بالقيمة (والمكره بالخيار ان شاء ضمن المكره لان المكره آلة له فيما يرجع الى الاتلاف) وان لم يصلح آلة له من حيث الكلام فان التكلم بلسان الغير لا يتصور (فكأن المكره دفع مال البائع الى المشتري وان شاء ضمن المشتري لان الهلاك حصل عنده فكأن كل واحد منهما أحدث سببا للضمان (كالغاصب وغاصب الغاصب فلو ضمن المكره رجع على المشتري بقيمته لقيامه مقام البائع) باداء الضمان (وان ضمن المشتري) يعني أي مشتر كان

بعدالاول (نفذ كل شراء كان بعدشرائه لوتناسخته العقود) أى تداولته (لانه ملكه بالضمان فظهر أنه باع ملكه ولا ينفذما كان له قبله لان الاستناد الى وقت قبضه) وقال الشارح وان ضمن المشترى يعنى فى صورة الغصب وماعرفت الحامل لهم على ذلك فانه وان كان صحيحا لكن كلام المصنف انماهو على شق الترديد من تضمين المكره والمشترى وكلامه فى الغاصب من جهة التمثيل لامن حيث الاصالة فان قيل ما الفرق بين تضمينه مشتريا واجازته عقدا منها حيث اقتصر النفاذ ههنا على ما كان بعده وعم الجميع هنالك أجاب بقوله (لانه أسقط حقه) يعنى فى صورة الاجازة (وهو) أى حقه هو (المانع فعاد الكل الى الجواز) فان قيل ما الفرق بين اجازة المكره واجازة المغصوب منه فانه اذا أجاز بيعا من البيوع نفذما أجازه خاصة أجيب بأن الغصب لا يزيل ملكه فكل بيع من هذه البيوع توقف على اجازته به لمصادفته ملكه فتكون اجازته أحد البيوع تمليكا للغير من المشترى بحكم ذلك البيع فلا ينفذما سواه وأما المشترى من المكره فقد ملكه فالبيع من كل مشتر صادف ملكه وانما توقف نفوذه على سقوط حق المكره فى الاسترداد وفى هذا لا يفترق الحال بين اجازته البيع الاول والآخر فلهذا نفذ البيوع كلها باجازته عقدا منها والله أعلم *(فصل)* لما (١٧٢) ذكر حكم الاكراه الواقع فى حقوق العباد شرع فى بيان حكم الاكراه الواقع فى حقوق الله تعالى وقدم الاول لان حق العبد مقدم لحاجته وذكر فيه الاكراه الملجئ وهو الذى يخاف فيه تلف النفس أو عضو من الاعضاء وغير الملجئ وهو الاكراه بالحبس والضرب اليسير والتقييد والاول معتبر شرعا سواء كان على القول أو الفعل والثانى ان كان على فعل يسير فليس بمعتبر ويجعل كأن المكره فعل ذلك الفعل بغير اكراه وان كان على قول فان كان قولا يستوى فيه الجد والهزل فكذلك والا فهو معتبر فعلى هذا (ان أكره على ان يأكل الميتة أو يشرب الخمر بحبس أو ضرب) يسير لا يخاف منه تلف النفس أو العضو (أو قيد لم يحل له) الاقدام على ذلك (وان أكره بما يخاف منه على نفسه أو بالضرب على عضو من أعضائه وسعه ان يقدم وعلى هذا الدم ولحم الخنزير لان تناول هذه المحرمات انما يباح عند الضرورة كما فى المخمصة لقيام المحرم فيما وراءها ولا ضرورة) عند عدم الخوف على النفس أو العضو (حتى لو خاف على ذلك

نفذ كل شراء كان بعد شرائه لو تناسخته العقود لانه ملكه بالضمان فظهر أنه باع ملكه ولا ينفذ ما كان له قبله لان الاستناد الى وقت قبضه بخلاف ما اذا أجاز المالك المكره عقدا منها حيث يجوز ما قبله وما بعده لانه أسقط حقه وهو المانع فعاد الكل الى الجواز والله أعلم

(فصل) (وان أكره على أن يأكل الميتة أو يشرب الخمر ان أكره على ذلك بحبس أو ضرب أو قيد لم يحل له الا أن يكره بما يخاف منه على نفسه أو على عضو من أعضائه فاذا خاف على ذلك وسعه أن يقدم على ما أكره عليه وكذا على هذا الدم ولحم الخنزير لان تناول هذه المحرمات انما يباح عند الضرورة كما فى المخمصة لقيام المحرم فيما وراءها ولا ضرورة الا اذا خاف على النفس أو على العضو حتى لو خيف على ذلك

(فصل) قال أكثر الشراح لما ذكر حكم الاكراه الواقع فى حقوق العباد شرع فى بيان حكم الاكراه الواقع فى حقوق الله تعالى وقدم الاول لان حق العبد مقدم لحاجته انتهى (أقول) فيه كلام وهو أنه قد ذكر فى هذا الفصل حكم الاكراه الواقع فى حقوق العباد أيضا كما فى مسئلة الاكراه على اتلاف مال مسلم بامر يخاف منه على نفسه أو على عضو من أعضائه وكما فى مسئلة الاكراه بقتل على قتل غيره فلم يتم ما ذكروه بالنظر الى مثل ذلك فالاشبه ما ذكره صاحب غاية البيان حيث قال انما فصل بفصل لأن ما تقدم مما يحل فعله قبل الاكراه ومسائل الفصل ليست كذلك لانها محظورة قبل الاكراه فى حالة السعة (قوله حتى لو خيف على ذلك

شرائه لانه ملكه باداء الضمان فظهر أنه باع ملك نفسه ولا ينفذ ما كان قبله لان استناد ملك المشترى الى وقت قبضه بخلاف ما اذا أجاز المالك المكره عقدا منها فانه ينفذ ما قبله و بعده لان المانع من النفاذ حقه وقد أسقط حقه فيعود الكل جائزا و بخلاف ما اذا أجاز المالك فى بيع الفضولى واحدا من الاشرية حيث يجوز ما أجازه خاصة لانه باع كل واحد منهم ملك غيره وقد صار لواحد منهم ملك بات بالاجازة فابطل الملك الموقوف لغيره وهنا كل واحد باع ملكه اذ بيع المكره مفيد للملك عند القبض والمانع من نفوذ الكل حق استرداد المالك فاذا أسقط نفذ الكل والله أعلم *(فصل)*

قال المصنف (لان الاستناد الخ) أقول أى استناد ملك المشترى قال صدر الشريعة فى شرح الوقاية فيستند الى حين العقد لا قبله انتهى وفيه ما لا يخفى (قوله وما عرفت الحامل لهم على ذلك الخ) أقول لا يقال الحامل هو قول المصنف لانه ملكه بالضمان فان المشترى فى صورة الاكراه علكه بالقبض لان قوله ملكه مجاز تقرر ملكه بحيث ينساق اليه ذهن كل أحد لوضوح القرينة فلا يكون حاملا على العدول عن المنهج الواضح ثم اعلم أن لفظة ما فى قوله وما عرفت نافية

(فصل) (قوله لقيام المحرم فيما وراءها) أقول الضمير فى وراءها راجع الى الضرورة فى قوله انما يباح عند الضرورة (قوله حتى لو خاف على ذلك) أقول أى النفس والعضو

بالضرب وغلب على ظنه أبيح له ذلك ولا يسعه أن يصبر على ما توعد به) وأشار الى أن الملجئ بما زمن غيره لغلبة الظن لان بدن الانسان فى احتمال
الضرب متفاوت وليس ثمة نص مقدر فيعتبر فيه غالب رأى من ابتلى به ولا معتبر بمن

قدر فى ذلك أدنى الحد وهو أربعون

بالضرب وغلب على ظنه يباح له ذلك (ولا يسعه أن يصبر على ما توعد به فان صبر حتى أوقعوا به ولم يأكل فهو آثم) لانه لما أبيح كان بالامتناع عنه معاونا لغيره على هلاك نفسه فيأثم كما فى حالة المخمصة وعن أبى يوسف أنه لا يأثم لانه رخصة اذ الحرمة قائمة فكان آخذا بالعزيمة قلنا حالة الاضطرار مستثناة بالنص وهو تكلم بالحاصل بعد الثنيا فلا محرم فكان اباحة لا رخصة

بالضرب وغلب على ظنه يباح له ذلك الخ) أقول فى قوله يباح له ذلك اشكال فان المباح ما استوى طرفا فعله وتركه كما تقرر فى علم الاصول وفيما نحن فيه اذا خيف على النفس أو على العضو كان طرف الفعل راجحا بل فرضا كما صرح به فى كتب الاصول فاطلاق المباح على ذلك مع كونه منافيا لما تقرر عندهم فى تفسير معنى المباح مخالف لما صرحوا به فى كتب الاصول من كون ذلك فرضا فتأمل (قوله ولا يسعه أن يصبر على ما توعد به فان صبر حتى أوقعوا به ولم يأكل فهو آثم) قال فى العناية فان قيل اضافة الاثم الى ترك المباح من باب فساد الوضع وهو فاسد فالجواب أن المباح انما يجوز تركه والاتيان به اذا لم يترتب عليه محرم وههنا قد ترتب عليه قتل النفس المحرم فصار الترك حراما لان ما أفضى الى الحرام حرام انتهى (أقول) فى الجواب بحث لانه ان أريد به أن المباح ههنا حال كونه مباحا صار تركه حراما لافضائه الى الحرام فهو ممنوع جدا كيف والمباح ما استوى طرفا فعله وتركه وما صار طرف تركه حراما لا يستوى طرفاه قطعا فلو صار تركه حراما حال كونه مباحا لزم اجتماع استواء الطرفين وعدمه فى محل واحد فى حالة واحدة وهو محال وان أريد به أن ما كان مباحا فى حالة قد يصير تركه حراما فى حالة أخرى لعلة تقتضى ذلك فينقلب واجبا فهو مسلم ولكن ما نحن فيه ليس من هذا القبيل لان نحو أكل الميتة وشرب الخمر انما كان مباحا حالة الاضطرار دون حالة الاختيار كما صرحوا به ولا شك أن صيرورة تركه حراما انما هى فى حالة الاضطرار أيضا اذ فى حالة الاختيار يصير تركه واجبا قطعا فلزم أن تجتمع اباحته وحرمة تركه فى حالة واحدة فلا يتصور الانتقال من الاباحة الى الوجوب بحسب الحالتين فيما نحن فيه لا يقال سبب استواء الطرفين فيما نحن فيه هو الاباحة الاصلية حيث لم يتناوله النص المحرم باستثناء حالة الاضطرار وسبب حرمة الترك فيه المستلزمة لعدم استواء الطرفين انما هو افضاء الترك فيه الى قتل النفس المحرم أو الى قطع العضو المحرم فلا استحالة فى اجتماع استواء الطرفين وعدم استوائهما فى حالة واحدة لانا نقول استواء الطرفين وعدم استوائهما متناقضان قطعا فيستحيل اجتماعهما فى شئ واحد فى حالة واحدة سواء كانا مستندين الى سبب واحد أو الى سببين ونظير هذا ما حققه الفاضل الشريف فى شرح المواقف فى مباحث العلة والمعلول فانه لما استدلوا على أن الواحد بالشخص لا يعلل بعلتين مستقلتين بانه لو علل بهما لكان محتاجا الى كل واحدة منهما ومستغنيا عن كل واحدة منهما فى زمان واحد قال لا يقال منشأ الاحتياج الى كل واحدة

(قوله وعن أبى يوسف رحمه الله انه لا يأثم) لانه رخصة اذ الحرمة قائمة فيكون آخذا بالعزيمة فالاصل عند أبى يوسف رحمه الله أن الاثم ينتفى عن المضطر ولا تنكشف الحرمة بالضرورة قال الله تعالى فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا اثم عليه وقال فمن اضطر فى مخمصة غير متجانف لاثم فان الله غفور رحيم وهذا لان الحرمة بصفة أنها ميتة أو خمر وبالضرورة لا يزول ذلك فاذا امتنع كان امتناعه من تناول الحرام فلا يأثم بالعزيمة وجه ظاهر الرواية ان الحرمة لا تتناول حالة الضرورة لانها مستثناة بقوله تعالى وقد فصل لكم ما حرم عليكم الا ما اضطررتم اليه فاما ان يقال يصير الكلام عبارة عما وراء المستثنى وقد كان مباحا قبل التحريم فبقى على ما كان فى حالة الضرورة أو يقال الاستثناء من التحريم اباحة واذا ثبتت الاباحة فى حالة الضرورة لم تكن رخصه وكان امتناعه من التناول حتى تلف كامتناعه من تناول الطعام الحلال حتى تلف فيأثم الا أنه انما يأثم اذا علم بالاباحة فى هذه الحالة لان فى انكشاف الحرمة خفاء لمكان الاجتهاد فيعذر بالجهل كالجهل بالخطاب

فقال ان تردد باقل منهما لم يسعه الاقدام لان الاقل مشروع بطريق التعزير والتعزير يقام على وجه الزجر لا الاتلاف لان ذلك نصب المقدار بالرأى وهو لا يجوز (فان صبر حتى أوقعوا به) أى قتلوه أو أتلفوا عضوه (ولم يتناول) وعلم بالاباحة (فهو آثم لانه لما أبيح) من حيث أن حرمة هذه الاشياء كانت باعتبار خلل يعود الى البدن أو العقل أو العضو وحفظ ذلك مع فوات النفس غير ممكن (كان بالامتناع عن الاقدام معاونا لغيره على هلاك نفسه فيأثم كما فى حالة المخمصة وعن أبى يوسف رحمه الله أنه لا يأثم لان الاقدام على ذلك رخصة اذ الحرمة) بصفة أنها ميتة أو خمر وهى (قائمة) واذا امتنع (كان آخذا بالعزيمة فلا يأثم قلنا لا نسلم أن الحرمة قائمة لان الله تعالى استثنى حالة الاضطرار) فقال وقد فصل لكم ما حرم عليكم الا ما اضطررتم اليه (والاستثناء تكلم بالباقى بعد الثنيا) فكان لبيان أن المستثنى لم يدخل فى صدر الكلام (فلا محرم) حينئذ (فكان اباحة لا رخصة) فامتناعه من التناول كامتناعه من تناول الطعام الحلال حتى تلفت نفسه أو عضوه فكان آثما

(قوله لان ذلك نصب الخ) أقول هذا ناظر الى قوله ولا معتبر بمن قدر فى ذلك أدنى الحد

(لكنه انما يأثم اذا علم بالاباحة فى هذه الحالة لان فى انكشاف الحرمة خفاء) لانه أمر يختص بمعرفة الفقهاء (فيعذر) أوساط الناس (بالجهل فيه كالجهل بالخطاب فى أول الاسلام أوفى دار الحرب) فان قيل اضافة الاثم الى ترك المباح من باب فساد الوضع وهو فاسد فالجواب أن المباح انما يجوز تركه والاتيان به اذا لم يترتب عليه محرم وههنا قد ترتب عليه قتل النفس المحرم فصار الترك حراما لان ما أفضى الى الحرام حرام قال (وان أكره على الكفر بالله والعياذ بالله الخ) اعلم أن كل مالا يعتبر اكراها فى تناول الميتة والخمر لا يعتبر اكراها فى اجراء كلمة الكفر على اللسان لان حرمة الكفر أشد فاذا أكره على ذلك بما لا يخاف به على النفس أو العضو لا يصح الاقدام عليه واذا خاف على ذلك جاز له أن يظهر ما أمروه به من اجراء كلمة الكفر لكنه يورى والتورية أن يظهر خلاف ما يضمر فجاز أن يكون المراد بما ههنا اطمئنان القلب وجاز أن يكون الاتيان بلفظ يحتمل معنيين فان أظهر ما أمر به مورِّيا كان أو غيره على المعنى الثانى وقلبه مطمئن بالايمان لم يأثم لحديث عمار بن ياسر رضى الله عنه حيث ابتلى به وقد قال النبى صلى الله عليه وسلم كيف وجدت قلبك قال مطمئنا بالايمان قال فان عادوا فعد وفيه نزل قوله تعالى الامن أكره وقلبه مطمئن بالايمان وقصته معروفة ومعنى قوله عليه الصلاة والسلام فعد عد الى طمأنينة القلب لا الى الاجراء والطمأنينة

(قوله فصار الترك حراما) أقول فكان الفعل واجبا والمباح ما استوى طرفاه هذا خلف وان أراد أنه قد ينقلب واجبا فلا يصح ذلك فيما نحن فيه اذ الذى فرضناه سبب الاباحة هو سبب الوجوب بعينه وجوابه المنع فان الاباحة أصلية حيث لم يتناوله النص المحرم فتامل (قوله فجاز أن يكون المراد بها ههنا اطمئنان القلب) أقول فيه مسامحة (قوله وجاز أن يكون الاتيان بلفظ يحتمل معنيين الخ) أقول قد يكون الاكراه على سجود الصنم أو الصليب مثلا ولا يصح التورية بهذا المعنى فيه فى أحكام القرآن قال محمد بن الحسن اذا أكره الكفار أن يشتم محمدا صلى الله عليه وسلم فخطر بباله أن يشتم محمدا آخر غيره فلم يفعل وقد شتم النبى عليه الصلاة والسلام كان كافرا وكذلك لو قيل له لتسجدن لهذا الصليب فخطر بباله أن يجعل السجود لله فلم يفعل وسجد للصليب كان كافرا فان أعجلوه عن الروية ولم يخطر بباله شئ ففعل ما أكره عليه أو قال لم يكن كافرا اذا كان قلبه مطمئنا بالايمان اه (قوله على المعنى الثانى) أقول يعنى هذا الترديد والتسوية بين كونه مورِّيا أو غيره فى التورية بالمعنى الثانى الاول فانه لا بد منه

الا أنه انما يأثم اذا علم بالاباحة فى هذه الحالة لان فى انكشاف الحرمة خفاء فيعذر بالجهل فيه كالجهل بالخطاب فى أول الاسلام أوفى دار الحرب قال (وان أكره على الكفر بالله تعالى والعياذ بالله أو سب رسول الله صلى الله عليه وسلم بقيد أو حبس أو ضرب لم يكن ذلك اكراها حتى يكره بامر يخاف منه على نفسه أو على عضو من أعضائه) لان الاكراه بهذه الاشياء ليس باكراه فى شرب الخمر لما مر ففى الكفر وحرمته أشد أولى وأحرى قال (واذا خاف على ذلك وسعه أن يظهر ما أمروه به ويورى فان أظهر ذلك وقلبه مطمئن بالايمان فلا اثم عليه) لحديث عمار بن ياسر رضى الله عنه حيث ابتلى به وقد قال له النبى عليه الصلاة والسلام كيف وجدت قلبك

منهما هو علة اله ومنشا عدم الاحتياج اليها علية الاخرى له فلا استحالة فى اجتماعهما الا أنا نقول احتياج الشئ الى آخر فى وجوده وعدم احتياجه اليه فيه متناقضان فلا يجتمعان سواء كانا مستندين الى سبب واحد أو الى سببين اه كلامه فقد ظهر بما قررناه ما فى كلام بعض الفضلاء أيضا فى هذا المقام فلينظر اليه وليتأمل فيه (قوله الا أنه انما يأثم اذا علم بالاباحة فى هذه الحالة) قال تاج الشريعة هذا جواب اشكال كأنه يقول اذا ثبت اباحته ينبغى أن لا يأثم اذ الانسان لا يأثم بترك المباح فاجاب عنه بانه يأثم اذا علم بالاباحة ولم يأكل حتى تلف لانه يصير ساعيا فى اتلاف نفسه اه واقتفى أثره الشارح العينى (أقول) لا يخفى على ذى فطرة سليمة أن كلام المصنف هذا لا يصلح أن يكون جوابا عن ذلك الاشكال اذ لا مدخل للعلم فى أن لا يأثم الانسان بترك المباح فان المباح من حيث انه مباح لا يأثم الانسان بتركه وان علم اباحته بل بالعلم باباحته ينكشف عدم الاثم فى تركه فكيف يحصل الجواب بقوله الا أنه انما يأثم اذا علم بالاباحة فى هذه الحالة عما يقال اذا ثبت اباحته ينبغى أن لا يأثم اذ الانسان لا يأثم بترك المباح فالوجه أن قول المصنف هذا انما هو لبيان أن الحكم بالاثم على تقدير الصبر وترك الاكل فى مسئلتنا هذه ليس على الاطلاق بل فيما اذا علم بالاباحة فى هذه الحالة وأما اذا لم يعلم بها فلا اثم عليه فى تركه لكونه معذورا بالجهل فى أمثال هذا بناء على الخفاء (قوله فقال عليه الصلاة والسلام فان عادوا فعد الخ) قال جمهور الشراح معنى قوله عليه الصلاة والسلام فان عادوا فعد ان عادوا الى الاكراه فعد طمأنينة القلب لا الى اجراء كلمة الكفر والطمأنينة جميعا كما زعمه البعض لان أدنى درجات الامر الاباحة فيلزم أن يكون اجراء كلمة الكفر مباحا وليس كذلك لانه لا تنكشف حرمته أصلا اه وعزا فى النهاية ومعراج

فى أول الاسلام أو دار الحرب (قوله ويورى) من التورية وهو أن يظهر خلاف ما يضمر (قوله لحديث عمار بن ياسر رضى الله عنه حيث ابتلى به) روى ان المشركين أخذوه ولم يتركوه حتى سب رسول الله صلى الله عليه وسلم وذكر آلهتهم بخير ثم تركوه فلما أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ما وراءك قال شر ما تركونى حتى نلت منك وذكرت آلهتهم بخير فقال كيف تجد قلبك قال أجده مطمئنا بالايمان قال

جميعا لان أدنى درجات الامر الاباحة فيكون اجراء كلمة الكفر مباحا وليس كذلك لان الكفر مما لا تنكشف حرمته

قال مطمئنا بالايمان فقال عليه الصلاة والسلام فان عادوا فعد وفيه نزل قوله تعالى الا من أكره وقلبه مطمئن بالايمان الآية ولان بهذا الاظهار لا يفوت الايمان حقيقة لقيام التصديق وفي الامتناع فوت النفس حقيقة فيسعه الميل اليه قال (فان صبر حتى قتل ولم يظهر الكفر كان مأجورا) لان خبيبا رضي الله عنه صبر على ذلك حتى صلب وسماه رسول الله صلى الله عليه وسلم سيد الشهداء وقال في مثله هو رفيقي في الجنة

الدراية الى مبسوط شيخ الاسلام وأورد عليه بعض الفضلاء بان قال فيه بحث فانه قد يكون الامر للترخيص قال العلامة النسفي في أول كتاب الطلاق من الكافي الامر بالشئ لا ينفي الحظر فان المحظور قد يرخص بصيغة الامر حتى لا يقع في محظور فوقه كالحنث في اليمين وقطع الصلاة الى آخر ما ذكره هنالك فلم لا يجوز أن يكون ما ذكره هنا كذلك اه (أقول) مراد الشراح أن أدنى درجات ما استعمل فيه صيغة الامر حقيقة هو الاباحة وانما تستعمل في الترخيص ونحوه مجازا ولا بد في المجاز من قرينة صارفة عن الحمل على الحقيقة وفيما نحن فيه لم توجد تلك القرينة فلا جرم نحملها على الحقيقة وحقيقة الامر انما تتصور ههنا بصرف الاعادة الى الطمأنينة دون اجراء كلمة الكفر لما بينوا وعن هذا قال العلامة النسفي ههنا أي عد الى طمأنينة القلب بالايمان وما قيل فعد الى ما كان منك من النيل مني وذكر آلهتهم بخير فغلط لانه لا يظن برسول الله صلى الله عليه وسلم أنه يأمر بالتكلم بكلمة الشرك الى هنا كلامه (قوله ولان بهذا الاظهار لا يفوت الايمان حقيقة لقيام التصديق وفي الامتناع فوت النفس حقيقة فيسعه الميل اليه) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام قوله ولان بهذا الاظهار دليل معقول ووجهه ان الايمان لا يفوت بهذا الاظهار حقيقة لان الركن الاصلي فيه هو التصديق وهو قائم حقيقة والاقرار ركن زائد وهو قائم تقديرا لان التكرار ليس بشرط وفي الامتناع فوت النفس حقيقة فكان مما اجتمع فيه فوت حق العبد يقينا وفوت حق الله توهما فيسعه الميل الى احياء حقه اه كلامه (أقول) في تقريره خلل أما أولا فان قوله لان التكرار ليس بشرط في تعليل قوله وهو قائم تقديرا ليس بسديد لان عدم اشتراط التكرار لا يستدعي قيام الاقرار تقديرا اذ لا بد فيه من أن لا يطرأ عليه ما يضاده كما تقرر في موضعه والمفروض ههنا طريانه عليه اذ الكلام في اظهار كلمة الكفر وهو مضاد للاقرار باللسان فان قلت اظهارها اكراها لا يضاده الاقرار طواعية وانما يضاده اظهارها طواعية قلت هذا مبني على جواز اظهارها حالة الاكراه وهو أول المسئلة فاخذه في أثناء اقامة الدليل عليها مصادرة فبهذا ظهر سقوط ما قاله بعض الفضلاء ههنا انه كلام الناسي وجوده بمنزلة العدم فانه أيضا مبني على أول المسئلة فيستلزم المصادرة وأما ثانيا فلان قوله فكان مما اجتمع فيه فوت حق العبد يقينا وفوت حق الله تعالى توهما يشعر بعدم فوت حق الله تعالى حقيقة ههنا أصلا وليس كذلك اذ لولا فوت حقه تعالى حقيقة أصلا لما كان مأجورا فيما اذا صبر حتى قتل ولا نسلم قول المصنف فيما سيأتي ولان الحرمة باقية اذ الظاهر أن الحرمة لا تثبت بمجرد توهم فوت حقه تعالى بدون أن يفوت حقيقة بل التحقيق أن اجراء كلمة الكفر على اللسان حرام في كل حال لا يسقط عنه الحرمة أصلا وان فيه ترك حق من حقوق الله تعالى بل هو كفر صورة في حالة الاكراه وكفر صورة ومعنى في حالة صحة الاختيار كما صرح به في كتب الاصول الا أن المبتلى بالاكراه عليه يصير معذورا حالة الاكراه فيسعه الميل اليه

عليه السلام فان عادوا فعد الى طمأنينة القلب بالايمان وما قيل فعد الى ما كان منك من النيل مني وذكر آلهتهم بخير فغلط لانه لا يظن برسول الله صلى الله عليه وسلم أنه يأمر أحدا بالتكلم بكلمة الشرك (قوله لان خبيبا رضي الله عنه صبر على ذلك) وقصته ان المشركين أخذوه وباعوه من أهل مكة فجعلوا يعاقبونه على ان يذكر آلهتهم بخير ويسب محمدا عليه السلام وهو يسب آلهتهم ويذكر محمدا عليه السلام بخير فاجمعوا على قتله فلما أيقن انهم قاتلوه سألهم ان يدعوه ليصلي ركعتين فاوجز صلاته وقال انما أوجزت لكيلا تظنوا اني أخاف القتل ثم سألهم ان يلقوه على وجهه ليكون ساجدا حتى يقتلوه فابوا عليه ذلك فرفع يديه الى السماء وقال اللهم اني لا أرى ههنا الا وجه عدو فاقرأ رسول الله صلى الله عليه وسلم مني السلام ثم قال اللهم احص

وموضعه أصول الفقه (قوله ولان بهذا الاظهار) دليل معقول ووجهه أن الايمان (لا يفوت بهذا الاظهار حقيقة) لان الركن الاصلي فيه هو التصديق وهو قائم حقيقة والاقرار ركن زائد وهو قائم تقديرا لان التكرار ليس بشرط (وفي الامتناع فوت النفس حقيقة) فكان مما اجتمع فيه فوت حق العبد يقينا وفوت حق الله توهما (فيسعه الميل الى احياء حقه فان صبر ولم يظهر الكفر حتى قتل كان ماجورا لان خبيبا رضي الله عنه صبر على ذلك حتى صلب وسماه رسول الله صلى الله عليه وسلم سيد الشهداء وقال في مثله) أي فيه وكلمة مثل زائدة (هو رفيقي في الجنة) وقصته معروفة أيضا

(قوله لان أدنى درجات الامر الاباحة الخ) أقول فيه بحث فانه قد يكون الامر للترخيص قال العلامة النسفي في أول كتاب الطلاق من الكافي الامر بالشئ لا ينفي الحظر فان المحظور قد يرخص بصيغة الامر حتى لا يقع في محظور فوقه كالحنث في اليمين وقطع الصلاة الى آخر ما ذكره هنالك فلم لا يجوز أن يكون ما ذكره هنا كذلك فليتأمل فان الكلام مجال (قوله لان التكرار ليس بشرط) أقول نعم الا أن عدم طريان منافيه شرط وههنا قد طرأ والجواب أنه كلام الناسي وجوده بمنزلة العدم

(ولان الحرمة باقية) لتناهى قبح الكفر وبقاؤها يوجب الامتناع (فكان الامتناع عزيمة لاعزاز الدين بخلاف ما تقدم) من أكل الميتة وشرب الخمر فان الحرمة هنالم تكن باقية (للاستثناء) كما تقدم واعترض بان اجراء كلمة الكفر أيضا مستثنى بقوله الامن أكره وقلبه مطمئن بالايمان من قوله من كفر بالله من بعد ايمانه فينبغى أن يكون مباحا كأكل الميتة وشرب الخمر وأجيب بان فى الآية تقديما وتأخيرا وتقديره من كفر بالله من بعد ايمانه وشرح بالكفر صدرا فعليهم غضب من الله ولهم عذاب عظيم الامن أكره وقلبه مطمئن بالايمان فالله تعالى ما أباح اجراء كلمة الكفر على لسانهم حالة الاكراه وانما وضع عنهم العذاب والغضب وليس من ضرورة نفى الغضب وهو حكم الحرمة عدم الحرمة لانه ليس من ضرورة عدم الحكم عدم العلة كما فى شهود الشهر فى حق المسافر والمريض فان السبب موجود والحكم متأخر فجاز أن يكون الغضب منتفيا مع قيام العلة الموجبة للغضب وهى الحرمة فلم يثبت اباحة اجراء كلمة الكفر وفيه نظر لان المراد بالعلة ان كان هو المصطلح فذلك ممتنع التخلف عن الحكم الذى هو معلوله وان كان المراد بها السبب الشرعى كما مثل به فانما يتخلف الحكم عنه بدليل آخر شرعى يوجب تأخيره كما فى المثال المذكور من قوله تعالى ومن كان مريضا أو على سفر فعدة من أيام أخر ولا دليل فيما نحن فيه على ذلك وعن هذا ذهب أبو بكر الرازى الى أن الامر فى قوله عليه الصلاة والسلام فان عادوا فعد للاباحة وقولهم لان الكفر مما لا ينكشف حرمته صحيح ولكن الكلام فى اجراء كلمة الكفر مكرها لافى الكفر قال (وان أكره على اتلاف مال مسلم) وان أكره رجل على اتلاف مال مسلم (بامر يخاف على نفسه أو على عضو من أعضائه جاز له أن يفعل ذلك لان مال الغير يستباح للضرورة

ولان الحرمة باقية والامتناع لاعزاز الدين عزيمة بخلاف ما تقدم للاستثناء قال (وان أكره على اتلاف مال مسلم بامر يخاف على نفسه أو على عضو من أعضائه وسعه أن يفعل ذلك) لان مال الغير يستباح للضرورة

عند طمانينة القلب احياء لحقه مع بقاء حرمته أبدا (قوله ولان الحرمة باقية والامتناع لاعزاز الدين عزيمة بخلاف ما تقدم للاستثناء) واعترض عليه بان اجراء كلمة الكفر أيضا مستثنى بقوله الامن أكره وقلبه مطمئن بالايمان من قوله من كفر بالله من بعد ايمانه فينبغى أن يكون مباحا كأكل الميتة وشرب الخمر وأجيب بان فى الآية تقديما وتأخيرا وتقديره من كفر بالله من بعد ايمانه وشرح بالكفر صدرا فعليهم غضب من الله ولهم عذاب عظيم الامن أكره وقلبه مطمئن بالايمان فالله تعالى ما أباح اجراء كلمة الكفر على لسانهم حالة الاكراه وانما وضع عنهم العذاب والغضب وليس من ضرورة نفى الغضب وهو حكم الحرمة عدم الحرمة لانه ليس من ضرورة عدم الحكم عدم العلة كما فى شهود الشهر فى حق المسافر والمريض فان السبب موجود والحكم متأخر فجاز أن يكون الغضب منتفيا مع قيام العلة الموجبة للغضب وهى الحرمة فلم يثبت اباحة اجراء كلمة الكفر كذا فى عامة الشروح وعزاه فى النهاية الى مبسوط شيخ الاسلام قال صاحب العناية بعد ذكر السؤال والجواب وفيه نظر لان المراد بالعلة ان كان هو المصطلح فذلك ممتنع التخلف عن الحكم الذى هو معلوله وان كان المراد بها السبب الشرعى كما مثل به فانما يتخلف الحكم عنه بدليل آخر شرعى يوجب تأخيره كما فى المثال المذكور من قوله تعالى ومن كان مريضا أو على سفر فعدة من أيام أخر ولا دليل فيما نحن فيه

هؤلاء عددا واجعلهم بددا ولا تبق منهم أحدا ثم أنشأ يقول

ولست أبالى حين أقتل مسلما * على أى جنب كان لله مصرعى

فلما قتلوه وصلبوه تحول وجهه الى القبلة وسماه رسول الله صلى الله عليه وسلم أفضل الشهداء وقال هو رفيقى فى الجنة فهذا مبنى على ان الامتناع أفضل (قوله بخلاف ما تقدم للاستثناء) يعنى قوله تعالى الاما اضطررتم اليه وأول الآية ومالكم ان لا تأكلوا الآية أى وأى شئ عرض لكم فى ان لا تأكلوا وقد فصل لكم ما حرم عليكم مما لم يحرم بقوله قل لا أجد فيما أوحى الى محرما الآية وقوله حرمت عليكم الميتة والدم أقوى وقد فصل

(قوله وأجيب بان فى الآية تقديما وتأخيرا وتقديره من كفر بالله من بعد ايمانه وشرح بالكفر صدرا الى قوله الامن أكره وقلبه مطمئن بالايمان) أقول يعنى لانسلم أن الاستثناء مما ذكرتم لم لايجوز أن يكون من قوله تعالى فعليهم غضب من الله ولهم عذاب عظيم لكنه فصل سند المنع بعض التفصيل وأنت خبير بان اعتبار التقديم والتأخير خلاف الظاهر لايصار اليه الا بدليل (قوله كما فى شهود الشهر فى حق المسافر والمريض) أقول الاظهر أن يقول كما فى صورة العفو فان الحكم فيما ذكره ليس معدوما بل متراخ نعم هو معدوم الآن (قوله وفيه نظر لان المراد بالعلة ان كان هو المصطلح فذلك ممتنع التخلف) أقول ذلك فى العلة اسما ومعنى وحكما دون العلة اسما فقط أو اسما ومعنى كما فصل فى الاصول (قوله وعن هذا ذهب أبو بكر الرازى الى أن الامر فى قوله عليه الصلاة والسلام فان عادوا فعد للاباحة) أقول قال فى أحكام القرآن وقول النبى عليه الصلاة والسلام لعمار رضى الله عنه ان عادوا فعد انما هو على وجه الاباحة لاعلى وجه الايجاب ولاعلى الندب وروى القاضى فى تفسيره بهذا اللفظ فان عادوا لك فعد لهم بما قلت وكذا غيره من المفسرين فلا مجال لما ذكره المصنف من التاويل بل الابتكاف بعيد (قوله ولكن الكلام فى اجراء كلمة الكفر مكرها لافى الكفر) أقول اجراء كلمة الكفر كفر وان كان مكرها غايته انه لا يترتب حكم الكفر عليه ولذا قيل الا تراوركن زائد والتفصيل فى الاصول

كما في حالة المخمصة وقد تحققت ولصاحب المال أن يضمن المكره لان المكره آلة للمكره فيما يصلح آلة له والاتلاف من هـذا القبيل) لان المكره يمكنه أن يأخذ المكره ويلقيه على المال فيتلفه وقوله فيما يصلح احترازا عن الاكل والتكلم والوطء فانه فيها لا يصلح آلة له (وان أكرهه بقتله على قتل غيره لم يسعه ان يقدم عليه بل يصبر حتى يقتل فان قتله كان آثما لان قتل المسلم) بغير حق (مما لا يستباح لضرورة ما فكذا بالاكراه) وهـذا الانزاع فيه وأما وجوب القصاص ففيه أربعة أقوال بحسب القسمة العقلية فانه اما ان كان يجب على المكره والمكره جميعا أو لا يجب على واحد منهما أو يجب على المكره وحده أو على العكس والاول قول الشافعي رحمه الله والثاني قول أبي يوسف رحمه الله والثالث قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله والرابع قول زفر رحمه الله له أن الفعل من المكره حقيقة لصدوره منه بغير واسطة وحسا فانه معاين مشاهد وكذا شرعا لانه قرر عليه حكمه وهو الاثم فايجاب القصاص على غيره غير معقول وغير مشروع بخلاف الاكراه على اتلاف مال الغير لانه سقط حكمه وهو الاثم فلم يكن مقررا عليه شرعا فجاز اضافته الى غيره وبهذا يتمسك الشافعي رحمه الله في جانب المكره ويوجبه على المكره أيضا لوجود التسبيب الى القتل منه وللتسبيب في هـذا أي في القتل حكم المباشرة عنده كما اذا شهدا على رجل بالقتل العمد فاقتص من المشهود عليه فجاء المشهود بقتله حيا فانه يقتل الشاهدان عنده للتسبيب ولقائل أن يقول في كلام المصنف تسامح لان دليل زفر يدل على عدم جواز اضافة القتل الى غير المكره فكيف يجعل ذلك دليلا للشافعي وهو يضيفه الى غيره أيضا والجواب أن دليله يدل على عدم جواز اضافته الى غير المكره مباشرة والشافعي يضيفه الى الغير تسبيبا فلا تنافي ولابي يوسف رحمه الله أن القتل الحاصل من المكره يحتمل الاقتصار عليه والتعدي الى غيره نظرا الى دليل زفر وأبي حنيفة ومحمد رضي الله عنهم لان تأثيم الشارع يدل على تقرر الحكم وقصره عليه وكونه محمولا على الفعل يدل على أنه كالآلة والفعل ينتقل عنه وكل ما كان كذلك كان شبهة والقصاص يندفع بها ولهما أنه محمول على القتل بطبعه ايثار الحياته والمحمول على الفعل بالطبع آلة لان الآلة هي التي تعمل بالطبع كالسيف فان طبعه القطع عند الاستعمال في محله فيصير آلة للمكره فيما يصلح آلة له وهو القتل بان يلقيه عليه والفعل يضاف الى الفاعل لا الى الآلة فان

كما في حالة المخمصة وقد تحققت (ولصاحب المال أن يضمن المكره) لان المكره آلة للمكره فيما يصلح آلة له والاتلاف من هـذا القبيل (وان أكرهه بقتله على قتل غيره لم يسعه أن يقدم عليه ويصبر حتى يقتل فان قتله كان آثما) لان قتل المسلم مما لا يستباح لضرورة ما فكذا بهذه الضرورة قال (والقصاص على المكره ان كان القتل عمدا) قال رضي الله عنه وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال زفر يجب على المكره وقال أبو يوسف لا يجب عليهما وقال الشافعي يجب عليهما لزفر أن الفعل من المكره حقيقة وحسا وقرر الشرع حكمه عليه وهو الاثم بخلاف الاكراه على اتلاف مال الغير لانه سقط حكمه وهو الاثم فاضيف الى غيره وبهذا يتمسك الشافعي في جانب المكره ويوجبه على المكره أيضا لوجود التسبيب الى القتل منه وللتسبيب في هذا حكم المباشرة عنده كما في شهود القصاص ولابي يوسف أن القتل بقي مقصورا على المكره من وجه نظرا الى التأثيم وأضيف الى المكره من وجه نظرا الى الحمل

على ذلك اهـ (أقول) هذا النظر ساقط جدا فانه يصح أن نختار كل واحد من شقي الترديد ولا يلزم محذور أصلا اذ يجوز أن يراد بالعلة ما هو المصطلح عليه في علم الاصول وهو ما كان خارجا عن الشيء مؤثرا فيه وقوله فذلك ممتنع التخلف عن الحكم الذي هو معلوله ممنوع فان وجوب مقارنة العلة الشرعية للمعلول انما هو في بعض أقسامها وهو ما كان علة اسما ومعنى وحكما دون بعضها الآخر وهو ما كان علة اسما فقط أو اسما ومعنى كما تقرر ذلك كله في علم الاصول فيجوز أن تكون العلة فيما نحن فيه من قبيل الثاني فلا يمتنع التخلف

لكم ما حرم عليكم على بناء الفاعل وهو الله عز وجل الا ما اضطررتم اليه مما حرم عليكم فانه حلال لكم في حال الضرورة لان الاستثناء من التحريم اباحة وامتناعه من التناول حتى يتلف كامتناعه من تناول الطعام الحلال حتى يتلف فيكون آثما فان قيل كما استثنى حالة الضرورة في الميتة استثنى حالة الاكراه هنا قلنا ثم استثنى من الحرمة فكان اباحة لا رخصة وهنا من الغضب فينتفي الغضب في المستثنى ولا يلزم من انتفائه انتفاء الحرمة فكان رخصة وذكر في الكشاف من كفر بالله شرط مبتدأ وجوابه محذوف لان جواب شرح دال عليه كأنه قيل من كفر بالله فعليهم غضب الا من أكره فليس عليه غضب ولكن من شرح بالكفر صدرا فعليهم غضب من الله (قوله وقرر الشرع حكمه عليه وهو الاثم) أي أنه يأثم اثم القتل واثم القتل على من باشر القتل وقد تحقق الفعل منه حقيقة وحسا فاذا تحقق منه الفعل يؤاخذ بفعله الا اذا سقط حكم فعله وأضيف الى غيره شرعا كما في الاكراه على اتلاف مال الغير فانه سقط حكمه وهو الاثم وأضيف الى غيره وهنا لم يسقط بل تقرر (قوله وللتسبيب في هذا) أي في القتل حكم المباشرة عنده كما في حد قطاع الطريق يجب على الردء بالتسبيب وكما في شهود القصاص عنده فان الشاهدين لو شهدا على رجل بالقتل العمد فاقتص المشهود عليه ثم جاء المشهود به حيا يقتل الشاهدان عنده (قوله نظرا الى الحمل) أي الاكراه (قوله

(قوله والجواب أن دليله الخ) أقول فيه بحث

قيل لو كان آلة لاضيف الاثم الى المكره كالقتل أجاب بقوله (ولا يصلح آلة له فى الجناية على دينه فيبقى الفعل فى حق الاثم مقصورا عليه كما نقول فى الاكراه على الاعتاق) فان اعتاقه ينتقل الى المكره من حيث اتلاف مالية العبد حتى وجبت عليه قيمة العبد و يقتصر عليه من حيث التكلم فانه لو انتقل اليه من حيث التكلم أيضا لم يعتق العبد (و) كما نقول (فى اكراه المجوسى على ذبح شاة الغير فان الفعل ينتقل الى المكره من حيث الاتلاف دون الذكاة حتى يحرم كذا هذا) واذا ظهر أن المكره آلة للمكره فى القتل ظهر الفرق بين ما نحن فيه وبين من أصابته مخمصة فقتل انسانا أو أكل لحمه

حتى يبقى هو حيا لايثار الحياة بطبعه فانه يجب عليه القصاص وان كان مضطرا كالمكره لانه ليس ثمه من يكون آلة له فيضاف الى نفسه واعلم أن صاحب النهاية رحمه الله قال سواء كان هذا المكره الآمر عاقلا أو معتوها أو غلاما غير بالغ فالقود على الآمر وعزاه الى المبسوط ونسبه شيخ شيخى علاء الدين عبد العزيز رحمه الله الى السهو وقال الرواية فى المبسوط بفتح الراء دون كسرها ونقل عن أبى اليسر فى مبسوطه ولو كان الآمر صبيا أو مجنونا لم يجب القصاص على أحد لان القاتل فى الحقيقة هذا الصبى أو المجنون وهو ليس باهل لوجوب العقوبة عليه قال (وان أكرهه على طلاق امرأته) وان أكره الرجل على طلاق امرأته (أو) على (عتق عبده ففعل ذلك وقع ما أكره عليه عندنا خلافا للشافعى رحمه الله) فان تصرفات المكره كلها باطلة الا أن يكون اكراها بحق (وقد مر) دليل الفريقين (فى الطلاق ويرجع على المكره بقيمة العبد لانه صلح آلة له فيه من حيث الاتلاف فيضاف اليه) ومنع صلاحيته لذلك لان الاتلاف يثبت فى ضمن التلفظ بهذا اللفظ وهو لا يصلح فله آلة له فى حق التلفظ فكذا فى حق ما يثبت فى ضمنه وأجيب بان الاعتاق اتلاف وهو يصلح آلة له فيه والتلفظ قد ينفك عنه فى الجملة كما فى اعتاق الصبى فيصح أن يكون آلة بالنسبة الى الاتلاف دون التلفظ واذا صح كونه آلة صحت الاضافة اليه

وقد خلت الشبهة فى كل جانب ولهما أنه محمول على القتل بطبعه ايثارا لحياته فيصير آلة للمكره فيما يصلح آلة له وهو القتل بان يلقيه عليه ولا يصلح آلة له فى الجناية على دينه فيبقى الفعل مقصورا عليه فى حق الاثم كما نقول فى الاكراه على الاعتاق وفى اكراه المجوسى على ذبح شاة الغير ينتقل الفعل الى المكره فى الاتلاف دون الذكاة حتى يحرم كذا هذا قال (وان أكرهه على طلاق امرأته أو عتق عبده ففعل وقع ما أكره عليه عندنا) خلافا للشافعى وقد مر فى الطلاق قال (ويرجع على الذى أكرهه بقيمة العبد لانه صلح آلة له فيه من حيث الاتلاف فيضاف اليه

ويجوز أن يراد بها السبب الشرعى كما هو الظاهر من التمثيل وهو ما كان خارجا عن الشئ ولم يكن مؤثرا فيه بل كان موصلا اليه فى الجملة وقوله فانما يتخلف الحكم عنه بدليل آخر شرعى يوجب تأخيره ممنوع بل السبب الشرعى مطلقا من حيث انه سبب يجوز تخلف الحكم عنه اذ لا بد أن يتوسط بينه و بين الحكم علة فما لم تتحقق تلك العلة لا يتحقق الحكم بمجرد السبب وهذا أيضا مع كونه مقررا فى علم الاصول مفهوم من نفس معنى السبب الشرعى فان الايصال فى الجملة كيف يستلزم تحقق الحكم والمثال المذكور فى الجواب ليس فى معرض التعليل لتخلف الحكم عن السبب الشرعى بل هو مسوق لمجرد التمثيل فتحقق دليل شرعى يدل على جواز تأخير الحكم هنالك لا يقتضى قيام دليل شرعى على جواز ذلك فى كل صورة على حدة على أنه يمكن أن يجعل حديث خبيب دليلا على بقاء الحرمة فيما نحن فيه بعد أن نفى حكمه وهو الغضب فان خبيبا رضى الله عنه لما أكره على اظهار كلمة الكفر فصبر ولم يظهرها حتى قتل مدحه رسول الله صلى الله عليه وسلم حيث سماه سيد الشهداء وقال هو رفيقى فى الجنة ولو لم تبق الحرمة أبدا فى اظهار كلمة الكفر لما وسعه الصبر على ما توعد به من القتل ولما استحق المدح فى ذلك لان فى الامتناع عن المباح فى تلك الحالة اعانة الغير على اهلاك نفسه وهى حرام فيلزم أن يأثم بذلك كما فى حالة المخمصة كما مر (قوله ويرجع على الذى أكرهه بقيمة العبد لانه صلح آلة له فيه من حيث الاتلاف فيضاف اليه) قال فى العناية ومنع صلاحيته لذلك لان الاتلاف يثبت فى ضمن التلفظ بهذا اللفظ وهو لا يصلح آلة له فى حق اللفظ فكذا فى حق ما يثبت فى ضمنه وأجيب بان الاعتاق اتلاف وهو يصلح آلة له فيه والتلفظ قد ينفك عنه فى الجملة كما فى اعتاق الصبى فيصح أن يكون آلة بالنسبة الى الاتلاف دون التلفظ اهـ (أقول) فيه نظر لان الانفكاك فى اعتاق الصبى انما هو من

ولهما أنه محمول على القتل بطبعه ايثارا لحياته فيصير آلة للمكره وذلك لان الآلة هى التى تعمل بطبعها كالسيف فان طبعه القطع عند الاستعمال فى محله وكالنار فان طبعها الاحراق وكالماء فان طبعه الاغراق واذا كان كذلك ففى الجرى على موجب الطبع مشابهة بالآلة ولو استعمل القاتل آلته التى هى السيف فى شخص ظلما فقتله يجب القصاص على القاتل فكذا يجب القصاص على المكره ههنا لكون المكره آلة له (قوله ولا يصلح آلة له فى الجناية على دينه) لانه أكرهه على أن يجنى على دينه ولو انتقل ذلك الى المكره لتحقق خلاف المكره و بطلان الاكراه وعود الفعل الى المحل الاول (قوله كما نقول فى الاكراه على الاعتاق) يعنى الاعتاق مقصور

(قوله ونسبه شيخ شيخى علاء الدين عبد العزيز الى السهو) أقول يريد شيخه الامام العلامة قوام الدين أبا عبد الله محمد بن أحمد الكاكى مصنف معراج الدراية فى شرح الهداية (قوله ومنع صلاحيته لذلك) أقول أشار بقوله لذلك الى قوله صلح آلة له من حيث الاتلاف

قله أن يضمنه موسرا كان أومعسرا ولاسعاية عليه) أما وجوب الضمان فلما اذا قال المكره أردت بقولى هو حر عتقا مستقبلا كما طلب منى فانه يعتق العبد قضاء وديانة و يضمن المكره قيمة العبد لانه أتى بما أمر به على وفق ما أكره وكذا اذا قال لم يخطر ببالى سوى الاتيان بمطلوبه وان قال خطر ببالى الاخبار بالحرية فيما مضى كاذبا وأردت ذلك لا انشاء الحرية عتق العبد قضاء لا ديانة لانه عدل عما أكره عليه فكان طائعا فى الاقرار فلا يصدقه القاضى فى دعوى الاخبار كاذبا ولا يضمن المكره شيا لان العبد عتق بالاقرار طائعا لا بالاكراه فان قيل ينبغى أن لا يضمن المكره لانه أتلف بعوض وهو الولاء والاتلاف بعوض كلا اتلاف فالجواب أنا لا نسلم أن الولاء عوض لان سببه العتق على ملك المولى فكيف يكون المكره معوضا عما أتلفه بما لا تعلق له به أصلا سلمناه ولكن انما يكون كلا اتلاف اذا كان العوض مالا كما لو أكره على أكل طعام الغير فأكل فانه لا ضمان على المكره لانه حصل للمكره عوض أو فى حكم المال كما فى منافع البضع اذا أتلفها مكرها لان منافعه تعدما لا عند الدخول والولاء ليس كذلك لانه بمنزلة النسب ألا ترى أنه اذا شهدا بالولاء ثم رجعا لا يضمنان وأما عدم السعاية فـ(لانها انما تجب للتخريج الى الحرية) كما هو مذهب أبى حنيفة رضى الله عنه أن المستسعى كالمكاتب وقد خرج فلا يمكن تخريجه ثانيا (أو لتعلق حق الغير) ولم يتعلق بالعبد حق الغير فلم يوجد شئ من موجبى السعاية بخلاف ما اذا كان العبد مرهونا فأكره الراهن على اعتاقه فانه يجب على العبد السعاية لتعلق

قله أن يضمنه موسرا كان أومعسرا ولاسعاية على العبد لان السعاية انما تجب للتخريج الى الحرية أو لتعلق حق الغير ولم يوجد واحد منهما

جهة ثبوت التلفظ بدون ثبوت الاعتاق وذلك لا ينافى ثبوت الاعتاق فى ضمن التلفظ البتة وانما ينافيه عكس ذلك وهو أن يثبت الاعتاق بدون ثبوت التلفظ وهذا غير متحقق فى صورة اعتاق الصبى فلم يتم التمثيل ولا التقريب وكان بعض الفضلاء تنبه لهذا حيث قال فيه تأمل فان الذى يهمنا ثبوت الاعتاق لا فى ضمن التكلم كما اذا ورث القريب اهـ (أقول) لكن فيه أيضا خلل فان الثابت فى صورة ان ورث القريب انما هو العتق دون الاعتاق كما صرحوا به قاطبة وقد مر فى كتاب الولاء مفصلا والكلام ههنا فى الاعتاق دون مجرد العتق كما لا يخفى فلا يتم التمثيل بتلك الصورة أيضا ولا التقريب * ثم أقول لا فائدة لحديث الانفكاك أصلا فى الجواب ههنا فان كون ثبوت الاتلاف فيما نحن فيه فى ضمن التلفظ أمر مقرر لا يقبل الانكار فيكون مدارا لورود السؤال المذكور لا محالة ولا يجدى شيأ فى دفعه انفكاك الاتلاف عن التلفظ فى صورة أخرى فالحق عندى فى الجواب أن يقال لا يلزم من عدم صلاحية المكره للآلية فى حق التلفظ عدم صلاحيته لها فى حق ماثبت فى ضمنه وهو الاتلاف لان عدم صلاحيته لها فى حق التلفظ لعلة امتناع التكلم بلسان الغير وهى غير متحققة فى حق ماثبت فى ضمنه من الاتلاف فان المكره يمكنه أن يأخذ المكره ويلقيه على المال فيتلفه كما صرحوا به فيما مر (قوله قله أن يضمنه موسرا كان أومعسرا) لانه ضمان اتلاف فلا يختلف باليسار والاعسار كذا فى الكافى وغيره فان قيل ينبغى أن لا يضمن المكره لانه أتلف بعوض حصل للمكره وهو الولاء والاتلاف بعوض كلا اتلاف أجيب بان الاتلاف بعوض انما يكون كلا اتلاف اذا كان العوض مالا كما لو أكره على أكل طعام الغير فأكل فانه لا ضمان على المكره لانه حصل للمكره عوض أو كان فى حكم المال كما فى منافع البضع اذا أتلفها مكرها لان منافعه تعدما لا عند الدخول والولاء ليس كذلك لانه بمنزلة النسب ألا ترى ان شاهدى الولاء اذا رجعا لا يضمنان كذا فى الشروح (أقول) هذا الجواب يشكل بما لو أكره على شراء ذى رحم محرم فعتق عليه فان المكره لا يرجع هناك بقيمة العبد على المكره بناء على انه حصل له عوض هو صلة الرحم نص عليه فى البدائع ولا يذهب عليك أن صلة الرحم ليست بمال كالولاء أما حقيقة فظاهر وأما حكما فلانه لم يقل به أحد كما قالوا فى منافع البضع عند الدخول فتأمل (قوله ولا سعاية على العبد لان السعاية انما تجب للتخريج الى الحرية أو لتعلق حق الغير ولم يوجد واحد منهما) بخلاف المريض اذا أعتق عبده

على المكره من حيث التلفظ به وحصول العتق فى المحل حتى كان الولاء له لانه لم يصلح آلة للمكره بهذا الاعتبار ومن حيث اتلاف المالية يضاف الى المكره حتى يكون ضامنا للمالية وكذا اكراه المجوسى على ذبح شاة الغير ينتقل الفعل الى المكره من حيث الاتلاف حتى يكون ضامنا ولا يقتصر على المجوسى فى حق الذكاة حتى يحرم الذبيحة لانه صلح آلة للمشير فى حق الاتلاف دون الذكاة لان الحرمة يحتاط فيها (قوله لان السعاية انما تجب للتخريج) كما هو مذهب أبى حنيفة رحمه الله فان المستسعى كالمكاتب عنده أو لتعلق حق الغير كما هو مذهبهما لان عندهما انما تجب السعاية لتعلق حق غير المعتق بالعبد وههنا لو وجبت لتعلق حق المعتق لانه لا حق هنا لغير المعتق ولا نظير له فى الشرع وقوله لتعلق حق الغير للاحتراز عن المريض يعتق عبده وعليه دين فهناك تجب السعاية لحق الغرماء وكذلك الراهن اذا أعتق المرهون وهو معسر فانه تجب السعاية على العبد لحق المرتهن (قوله ولم يوجد واحد منهما) ولا يلزم على قولهما اعتاق السفيه

بالعبد حق الغير فلم يوجد شئ من موجبى السعاية بخلاف ما اذا كان العبد مرهونا فأكره الراهن على اعتاقه فانه يجب على العبد السعاية لتعلق

(قوله والتلفظ قد ينفك عنه فى الجملة كما فى اعتاق الصبى) أقول فيه تأمل فان الذى يهمنا ثبوت الاعتاق لا فى ضمن التكلم كما اذا ورث القريب (قوله فكيف يكون المكره معوضا عما أتلفه بما لا تعلق له به أصلا) أقول وكذا طعام الغير ومنافع البضع لا تعلق لهما بالمكره فالسند أعم ولعله لذلك بادر الى التسليم (قوله بخلاف ما اذا كان العبد مرهونا فأكره الراهن على اعتاقه فانه يجب على العبد السعاية) أقول ان ثبت الرواية

حق الغير وهو المرتهن به وهذا على مذهب أبي حنيفة سالم عن النقض وأما على مذهبهما فانه ينتقض بما اذا أعتق المحجور عليه بالسفه فانه يعتق ويجب عليه السعاية وقد أعتق ملكه ولا حق لاحد فيه وزاد لهما في التعليل فقال عتق على ملكه ولا يتعلق به حق الغير وهو غير محجور عليه (ولا يرجع المكره على العبد بالضمان لانه مؤاخذ باتلافه يعني أن المكره انما يضمن من حيث انه جعل متلفا للعبد حكما فكأنه قتله والمقتول لا يضمن شيأ قال (و يرجع بنصف مهر المرأة) الجواب فيما اذا أكره على طلاق امرأته وقد سمى لها مهرا الا أنه لم يدخل بها نظير الجواب فيما اذا أكره على عتق العبد في حق وقوع الطلاق ورجوع الزوج على المكره الا أن الرجوع ههنا بنصف الصداق وثمة بقيمة العبد وان لم يسم رجع على المكره بما لزمه من المتعة لان

العلة في الكل واحدة وهو الاتلاف أما في العتق فقد تقدم وأما في الطلاق فلقوله لان

ولا يرجع المكره على العبد بالضمان لانه مؤاخذ باتلافه قال (و يرجع بنصف مهر المرأة ان كان قبل الدخول وان لم يكن في العقد مسمى يرجع على المكره بما لزمه من المتعة) لان ما عليه كان على شرف السقوط بان جاءت الفرقة من قبلها وانما يتأكد بالطلاق فكان اتلافا للمال من هذا الوجه فيضاف الى المكره من حيث انه اتلاف بخلاف ما اذا دخل بها لان المهر قد تقرر بالدخول لا بالطلاق (ولو أكره على التوكيل بالطلاق والعتاق ففعل الوكيل جاز استحسانا) لان الاكراه مؤثر في فساد العقد والوكالة لا تبطل بالشروط الفاسدة

وعليه دين لان السعاية تجب ثمة لحق الغرماء و بخلاف الراهن اذا أعتق المرهون وهو معسر فانه تجب السعاية لحق المرتهن كذا في الكافي وعامة الشروح قال صاحب العناية بدل ذلك بخلاف ما اذا كان العبد مرهونا فاكره الراهن على اعتاقه فانه يجب على العبد السعاية لتعلق حق الغير وهو المرتهن به اه (أقول) لم أر ما ذكره من وجوب السعاية على العبد اذا أكره الراهن على اعتاقه في شئ من كتب الفقه سوى شرح تاج الشريعة لهذا الكتاب فانه قال فيه ههنا ولا يتعلق بالعبد حق الغير أيضا حتى يحتاج الى السعاية فذلك مثل أن يكون مرهونا فاكره الراهن على اعتاقه وهو معسر فحينئذ تجب على العبد السعاية لتعلق حق المرتهن برقبته وأما ههنا فلم يتعلق حق الغير بالعبد فلا يجب عليه شئ اه ولعله غلط وقع من تاج الشريعة فاغتر به صاحب العناية لان مجرد تعلق حق الغير بالعبد المعتق لا يوجب السعاية عليه بل لا بد من أن لا يقدر معتقه على ايفاء ذلك الحق ولهذا قالوا اذا أعتق الراهن العبد المرهون وهو معسر تجب السعاية على العبد لحق المرتهن حيث زادوا قيد الاعسار ولا يخفى ان الراهن فيما اذا أكره على اعتاق عبده المرهون ففعل يقدر على ايفاء حق المرتهن بما ضمنه المكره من قيمة ذلك العبد فان له أن يضمنه اياها لما ذكر في الكتاب فكان ينبغي أن لا تجب السعاية على العبد ثم ان قول صاحب العناية بخلاف ما اذا كان العبد مرهونا فاكره الراهن على اعتاقه الخ لا يكاد يصح ههنا لان تلك الصورة داخلة ههنا في اطلاق ما نحن فيه من مسئلة الكتاب فكيف يصح

المحجور حيث يعتق وتجب السعاية على العبد لانه تعلق به حق الحجر نظرا له ولا يستوفي حقه من محل آخر بخلاف المكره فانه محجور (قوله بخلاف ما اذا دخل بها لان المهر قد تأكد بالدخول لا بالطلاق) فبقي مجرد اتلاف ملك النكاح وانه ليس بمال فلا يضمن بالمال لانه مماثلة بين ما هو مال وما ليس بمال متقوم وتقومه عند التملك بالنكاح لاظهار خطر المهور وهذا الخطر للمملوك لا للملك الوارد عليه ألا ترى ان ازالة الملك بغير شهود و بغير ولي صحيح فلا حاجة الى اظهار الخطر عند اتلاف الملك فلهذا لا يضمن المتلف شيأ ولهذا لا يوجب على شاهدي الطلاق بعد الدخول ضمانا عند الرجوع ولا على المرأة اذا ارتدت بعد الدخول ولا على القاتل لمنكوحة الغير (قوله ولو أكره على التوكيل بالطلاق والعتاق ففعل الوكيل

ما عليه أي على الزوج كان على شرف السقوط بان جاءت الفرقة من قبلها بتمكين ابن الزوج منها بغير اكراه أو بالارتداد والعياذ بالله تعالى وما كان عليه تأكد بالطلاق مكرها فما كان على شرف السقوط تأكد به وللتأكيد شبه بالايجاب فكأنه أوجب على المكره ذلك ابتداء فكان اتلافا للمال من هذا الوجه والمكره في حق الاكراه بمنزلة الآلة فيضاف الى المكره من حيث انه اتلاف بخلاف ما اذا دخل بها لان المهر تقرر بالدخول لا بالطلاق فبقي مجرد اتلاف ملك النكاح وهو ليس بمال عند الخروج وما ليس بمال لا يضمن بمال ألا ترى أن الشاهدين اذا رجعا بعد الشهادة بالطلاق بعد الدخول لا يضمنان (ولو أكره على التوكيل بالطلاق والعتاق ففعل الوكيل) أي طلق أو أعتق (فهو جائز استحسانا) والقياس أن لا يجوز لان الوكالة تبطل بالهزل فكذا مع الاكراه وجه الاستحسان أن الاكراه يؤثر في فساد العقد فكان كالشرط الفاسد والشروط الفاسدة لا تؤثر في فساد الوكالة أما أنه كالشرط الفاسد فلما تقدم أنه يعدم الرضا فيفسد به الاختيار فصار كانه شرط شرطا فاسدا فانه يفسد العقد ولا يمنع الانعقاد وأما أن الوكالة لا تفسد بالشروط الفاسدة فلانها من

و يرجع

هذه المسئلة فلا كلام والا فينبغي أن لا تجب السعاية على العبد بل يكون ما ضمنه المكره للمكره هنا بدل العبد فليتأمل (قوله ولا يتعلق به حق الغير) أقول أراد من الغير الورثة أو الدائن في المريض وأراد المرتهن في الرهن (قوله نظير الجواب فيما اذا أكره على عتق العبد في حق وقوع الطلاق) أقول الاظهر أن يقول في حق وقوع المكره عليه ورجوع المكره على المكره (قوله فيفسد به الاختيار) أقول أنت خبير بان الفاء هنا ليست في محلها والاحسن تبديلها بالواو

الاسقاطات فان تصرف الوكيل في مال الموكل قبل التوكيل كان موقوفا حقا للمالك فهو بالتوكيل أسقطه فاذا لم يفسد كان تصرف الوكيل نافذا (ويرجع المكره على المكره) بما غرم من نصف الصداق وقيمة العبد (استحسانا) والقياس أن لا يرجع لان الاكراه وقع على الوكالة وزوال الملك لم يقع بها فان الوكيل قد يفعل وقد لا يفعل فلا يضاف التلف اليه كما في الشاهدين شهدا أن فلانا وكل فلانا بعتق عبده فاعتق الوكيل ثم رجعا لم يضمنا وجه الاستحسان أن مقصود المكره زوال ملكه بمباشرة الوكيل وقد حصل ذلك وكان ما فعله وسيلة الى الازالة فيضمن ولا ضمان على الوكيل لانه لم يوجد منه اكراه (قوله والنذر لا يعمل فيه الاكراه) بيان لما يعمل فيه الاكراه وما لا يعمل فيه وضابط ذلك ان كل ما لا يؤثر فيه الفسخ بعد وقوعه لا يعمل فيه الاكراه من حيث منع الصحة لان الاكراه يفوت الرضا وفوات الرضا يؤثر في عدم

اللزوم وعدم اللزوم يمكن المكره من الفسخ فالاكراه يمكن المكره من الفسخ بعد التحقق فما لا يحتمل الفسخ لا يعمل فيه الاكراه فيصح النذر مع الاكراه فان أكره على أن يوجب على نفسه صدقة لزمه ذلك (ولا يرجع على المكره بما لزمه لانه غير مطالب به في الدنيا فلا يطالب به غيره فيها وكذا اذا أكره على يمين) فحلف انعقدت (أو على ظهار) فظاهر صح (وكذا على رجعة) ففعل صح (أو على ايلاء فآلى أو على فيء اليها باللسان) ففعل صح (لانها) أي الرجعة والايلاء والفيء (تصح مع الهزل) وما صح مع الهزل لا يحتمل الفسخ فان أكره على اعتاق عبد عن كفارة اليمين أو الظهار ففعل اجزأه عنها ولم يرجع على المكره بقيمته لانه أمره بالخروج عما لزمه وذلك منه حسبة لا اتلاف بغير حق وان عين عبدا لذلك ففعل عتق ولم يجز عن الكفارة ويرجع على المكره بقيمته لانه أتلف عليه مالية العبد حيث لم يكن بعينه متحققا عليه واذا ثبت له الرجوع لم يكن كفارة لانها ليست بمضمونة على أحد وان ترك التي آلى منها أربعة أشهر حتى بانت ولم يكن دخل بها وجب عليه نصف المهر ولا يرجع به على المكره لانه كان متمكنا من القربان في المدة فاذا لم يفعل كان ذلك رضا منه بما لزمه من الصداق وان قربها أو كفر لم يرجع على المكره بشيء لانه أتى بضدما أكرهه عليه وان أكرهه على أن يخالع امرأته ففعل صح الخلع لانه من جانب الزوج طلاق وهو ظاهر والاكراه لا يمنع وقوع الطلاق بلا بدل فكذا ببدل أو يمين لوجود الشرط والجزاء واليمين لا يعمل فيه الاكراه (فلو كان مكرها على الخلع دونها لزمها البدل لرضاها بالالتزام) بازاء ما سلم لها من البينونة ولا شيء على المكره للزوج لانه أتلف عليه ما ليس بمال وهو النكاح فلا يضمن به فان قبل ان خالعها وهي غير ملموسة فاستحقت نصف الصداق هل يرجع به الزوج على المكره لانه كيدما كان على شرف السقوط أولا فلا يخلو اما أن ساق الزوج المهر اليها كله أولا فان ساق رجع على المكره بنصفه بالاتفاق أما عندهما فظاهر لان الخلع على مال مسمى لا يوجب البراءة عما

ويرجع على المكره استحسانا لان مقصود المكره زوال ملكه اذا باشر الوكيل والنذر لا يعمل فيه الاكراه لانه لا يحتمل الفسخ ولا رجوع على المكره بما لزمه لانه لا مطالب له في الدنيا فلا يطالب به فيها وكذا اليمين والظهار لا يعمل فيهما الاكراه لعدم احتمالهما الفسخ وكذا الرجعة والايلاء والفيء فيه باللسان لانها تصح مع الهزل والخلع من جانبه طلاق أو يمين لا يعمل فيه الاكراه فلو كان هو مكرها على الخلع دونها لزمها البدل لرضاها بالالتزام

الحكم بالمخالفة بينها وبين ما نحن فيه بخلاف الصورتين المذكورتين في الكافي وعامة الشروح فانهما مسئلتان مغايرتان لما نحن فيه فيصح الحكم بالمخالفة بينهما وبين ما نحن فيه وكذا قول تاج الشريعة وأما ههنا فلم يتعلق حق الغير بالعبد الخ ليس بسديد فانه يشعر بالمخالفة أيضا بين تلك الصورة وبين ما نحن فيه مع أنها داخلة في اطلاق ما نحن فيه كما لا يخفى وأيضا لو وجب السعاية على العبد في الصورة المزبورة لانتقض بها ما ذهب اليه أبو

جاز استحسانا ونفذت تصرف الوكيل والقياس ان لا تصح الوكالة مع الاكراه لان الاصل ان كل عقد يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه الاكراه وما لا يؤثر فيه الهزل لا يؤثر فيه الاكراه لانهما ينفيان الرضا والوكالة تبطل بالهزل فكذا مع الاكراه وجه الاستحسان ان الاكراه يوجب فساد العقد والوكالة لا تبطل بالشروط الفاسدة لانها من الاسقاطات اذ الموكل يسقط حقه بالتفويض اليه فاذا لم يبطل نفذ تصرف الوكيل (قوله ويرجع على المكره استحسانا) أي يرجع المكره بنصف المهر وقيمة العبد على المكره استحسانا والقياس ان لا يرجع عليه لان الاكراه وقع على التوكيل وزوال الملك لا يثبت به اذ الوكيل قد يفعل وقد لا يفعل فلا يضاف الاتلاف اليه كما اذا شهد شاهدان ان فلانا وكل بعتق عبده فاعتقه ثم رجعا فانهما لا يضمنان وجه الاستحسان ان غرض المكره زوال ملكه اذا باشر الوكيل فكان الزوال مقصوده فيضمن ولا ضمان على الوكيل لانه لم يوجد منه اكراه (قوله والنذر لا يعمل فيه الاكراه) حتى لو أكره بوعيد تلف على ان يوجب على نفسه صدقة أو صوما أو حجا أو شيئا يتقرب به الى الله تعالى ففعل لزمه ذلك وكذا ان أكرهه على اليمين بشيء من ذلك أو بغيره لان النذر مما لا يلحقه الفسخ لانه يمين لقوله عليه السلام النذر يمين وهي مما لا يحتمل الفسخ وما لا يؤثر فيه الفسخ بعد وقوعه لا يؤثر فيه الاكراه من حيث منع الصحة كالعتاق وهذا لان أثر الاكراه في فوات الرضا وأثره في عدم اللزوم وأثره في حق الفسخ فما لا يحتمل الفسخ لا يتأتى فيه أثر الاكراه فلا يؤثر فيه الاكراه (قوله لانه لا مطالب في الدنيا فلا يطالب به فيها) وذلك لانه أوجب عليه حكما يطالب به في الآخرة

يستحق كل منهما قبل صاحبه بحكم النكاح وأما عند أبي حنيفة رحمه الله فلانه وان أوجب البراءة لكنها براءة مكره والبراءة مع الاكراه لا تصح وان لم يسق رجع عندهما خلافا له لانه غير مكره في هذه الصورة على البراءة قال (وان أكرهه على الزنا وجب عليه الحد) قال أبو حنيفة أولا ان أكرهه أحد على الزنا فزنى وجب عليه الحد لان الزنا من الرجل لا يتصور الا بانتشار آلته وذلك لا يكون الا بلذة وذلك دليل الطواعية بخلاف المرأة فانها محل الفعل ومع الخوف يتحقق التمكين منها فلا يكون التمكين دليل الطواعية ثم رجع وقال لا حد عليه اذا كان المكره هو السلطان لان الحد للزجر ولا حاجة مع

الاكراه لان الانزجار كان حاصلا الى أن حصل خوف التلف على نفسه فكان قصده بهذا الفعل دفع الهلاك عن نفسه لا قضاء الشهوة فيصير ذلك شبهة في اسقاط الحد عنه وانتشار الآلة لا يدل على عدم الخوف لانه أمر طبيعي ينتشر من النائم من غير اختيار وهذا وجه قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله انه لا يلزمه الحد وأما تقييد الاكراه بالسلطان فقد قيل انه من قبيل اختلاف العصر كما تقدم في أول هذا الكتاب وقيل من قبيل اختلاف الحكم ووجه قولهما أن المعتبر في الاكراه كونه ملجئا وذلك بقدرة المكره على الايقاع وخوف المكره الوقوع كما مر وذلك قد يكون من غير السلطان أكثر تحققا لان السلطان يعلم أن لا يفوته فهو ذو أناة في أمره وغيره يخاف الفوت بالالتجاء الى السلطان فيعجل في الايقاع ووجه قوله أن المكره يعجز عن دفع السلطان عن نفسه اذ ليس فوقه من يلتجئ اليه ويقدر على دفع اللص بالالتجاء الى السلطان فان اتفق في موضع لا يتمكن من ذلك فهو نادر لا حكم له ثم في كل موضع وجب الحد على المكره لا يجب لها المهر لان الحد والمهر لا يجتمعان عندنا بفعل واحد وفي كل موضع سقط الحد وجب المهر لان الوطء في غير الملك لا ينفك عن أحدهما فاذا سقط الحد وجب المهر اظهارا لخطر المحل سواء كانت مستكرهة على الفعل أو أذنت له بذلك أما الاول فظاهر لانها لم ترض بسقوط حقها وأما الثاني فلان الاذن له ليس بحل الوطء فكان اذنها لغوا لكونها محجورة عن ذلك شرعا

قال (وان أكرهه على الزنا وجب عليه الحد عند أبي حنيفة الا أن يكرهه السلطان وقال أبو يوسف ومحمد لا يلزمه الحد) وقد ذكرناه في الحدود

حنيفة رحمه الله من أن السعاية انما تجب على العبد للتخريج الى الحرية اذ لا تخريج الى الحرية في تلك الصورة لما ذكروا أن العبد قد خرج الى الحرية بالاعتاق فلا يمكن تخريجه اليها ثانيا فلزم أن لا يتم قول تاج الشريعة وصاحب العناية وغيرهما في ذيل شرح هذا المحل وهذا القدر من التعليل كاف على مذهب أبي حنيفة سالم عن النقض وأما على مذهبهما فينتقض بما اذا أعتق المحجور عليه بالسفه فانه يعتق ويجب عليه السعاية عندهما وقد أعتق ملكه ولا حق لاحد فيه فيزاد لهما في التعليل وهو غير محجور عليه انتهى تأمل تفهم (قوله وان أكرهه على الزنا وجب عليه الحد عند أبي حنيفة رحمه الله الا أن يكرهه السلطان وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يجب الحد) وجه قولهما أن المعتبر في الاكراه كونه ملجئا وذلك بقدرة المكره على الايقاع وخوف المكره الوقوع كما مر وذلك قد يكون من غير السلطان أكثر تحققا لان السلطان يعلم أنه لا يفوته فهو ذو أناة في أمره وغيره يخاف الفوت بالالتجاء الى السلطان فيعجل في الايقاع ووجه قوله أن المكره يعجز عن دفع السلطان عن نفسه اذ ليس فوقه من يلتجئ اليه ويقدر على دفع اللص بالالتجاء الى السلطان فان اتفق في موضع لا يتمكن من ذلك فهو نادر لا حكم له فلا يسقط به الحد كذا في العناية والنهاية وهو المطابق لما ذكره المصنف في كتاب الحدود (أقول) يتجه على الوجه المذكور من قبل أبي حنيفة رحمه الله أن يقال ندرة ذلك ممنوع كيف ووقوع ظفر اللصوص وقطاع الطريق بالناس وعجزهم عن دفع شر هؤلاء المتغلبة سيما في المواضع النائية عن العمران أكثر من أن تحصى ولئن سلم الندرة فان لا يكون للنادر حكم فيما يندرئ بالشبهات من الحدود سيما في حد الزنا كما نحن فيه ممنوع اذ لا شك أن بمجرد الاحتمال تثبت الشبهة فضلا عن الوقوع بطريق الندرة قال في غاية البيان في هذا المقام ودليلهما ظاهر لان الكلام فيما اذا جاء من غير السلطان ما يأتي من السلطان في موضع لا مدفع له عادة وفي مثل هذا السلطان وغيره سواء ألا يرى أنه لو كان في غير المصر اعتبر بالاجماع ولابي حنيفة أن هذا مما لا يغلب عليه عادة اذا كان في المصر لان الظاهر أنه يلحقه الغوث من الناس أو من السلطان فيندفع والحكم لا ينبني على النادر حتى لو كان في موضع يغلب كما في غير المصر نعتبره كذا قال شيخ الاسلام علاء الدين في شرح الكافي انتهى (أقول) على هذا التقرير يمكن أن يندفع منع الندرة ولكن يبقى منع أن لا يكون للنادر حكم فيما يندرئ بالشبهات كما نحن فيه على حاله ثم أقول اطلاق مسئلة الكتاب واطلاقات عامة المعتبرات في أن حكم الاكراه مخصوص بالسلطان عنده وعام لكل متغلب يقدر على تحقيق ما هدده به عندهما مما لا يساعد

ولا يظهر أثره في الدنيا من حيث الالزام فلو أوجبنا عليه الضمان لاخذه الحاكم وحبسه فيه فيكون زائدا على ما أوجبه وهذا لا يجوز (قوله الا أن يكرهه السلطان) أي حينئذ لا حد على المكره اذا زنى وهذا الذي ذكره قوله الآخر وأما في قوله الاول يجب الحد على المكره اذا زنى وان كان المكره سلطانا وهو قول زفر

(قوله بيان لما يعمل فيه الاكراه وما لا يعمل) أقول بيان في الاول التزاما وفي الثاني صريحا (قوله فان اتفق في موضع لا يتمكن من ذلك فهو نادر ولا حكم له) أقول قال الاتقاني الاكراه من غير السلطان لو كان في غير المصر اعتبر بالاجماع اه فقول الشارح فان اتفق في موضع ينبغي أن يكون معناه حينئذ في موضع من المصر تدبر

(واذا أكرهه على الردة لم تبن امرأته منه لان الردة بتبدل الاعتقاد ألا ترى أنه لو كان قلبه مطمئنا بالايمان لم يكفر وفى تبدله شك) وكان الايمان ثابتا بيقين فلا تثبت الردة بالشك ولا ما يترتب عليها من البينونة ويجوز أن يجعل كلامه دليلين أحدهما أن يقال ان الردة بتبدل الاعتقاد وتبدل الاعتقاد ليس بثابت لقيام الدليل وهو الاكراه والثانى أن يقال الردة باعتقاد الكفر وفى اعتقاده الكفر شك لانه أمر مغيب لا يطلع عليه الا بترجمة اللسان وقيام الاكراه يصرف عن صحة الترجمة (فلا تثبت البينونة) المترتبة على الكفر (بالشك فان قالت المرأة قد بنت منك وقال الرجل قد أظهرت ذلك وقلبي مطمئن بالايمان فالقول قوله استحسانا) وفى القياس القول قولها فتقع الفرقة لان التكلم بكلمة الكفر سبب لحصول البينونة كالتكلم بالطلاق فيستوى فيه الطائع والمكره كما فى الطلاق وجه الاستحسان (أن اللفظ) يعنى كلمة الكفر (غير موضوع للفرقة) يعنى لم يظهر فيها ظهورا بينا من حيث الحقيقة حتى يكون صريحا يقوم اللفظ فيه مقام معناه كما فى الطلاق بل دلالته عليها من حيث ان اللفظ دليل وترجمة لما فى القلب فان دل على تبدل الاعتقاد المستلزم للفرقة كان دلالته عليها دلالة مجازية ومع الاكراه لا يدل على التبدل فضلا عن أن يكون صريحا فيه يقوم لفظه مقام معناه (ق) (لهذا) كان القول

قال (واذا أكره على الردة لم تبن امرأته منه) لان الردة تتعلق بالاعتقاد ألا ترى أنه لو كان قلبه مطمئنا بالايمان لا يكفر وفى اعتقاده الكفر شك فلا تثبت البينونة بالشك فان قالت المرأة قد بنت منك وقال هو قد أظهرت ذلك وقلبي مطمئن بالايمان فالقول قوله استحسانا لان اللفظ غير موضوع للفرقة وهى بتبدل الاعتقاد ومع الاكراه لا يدل على التبدل فكان القول قوله

القول بان الاكراه من غير السلطان فى غير المصر معتبر بالاجماع يظهر ذلك بالتأمل فى عبارة الكتاب وتتبع سائر المعتبرات قال الامام قاضيخان فى أول كتاب الاكراه من فتاواه الاكراه لا يتحقق الا من السلطان فى قول أبى حنيفة رحمه الله وفى قول صاحبيه يتحقق من كل متغلب يقدر على تحقيق ما هدد به وعليه الفتوى انتهى وقال فى الذخيرة والمحيط البرهانى ومن شرط صحته أن يكون الاكراه من السلطان عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما اذا جاء من غير السلطان ما يجىء من السلطان فهو اكراه صحيح شرعا والاختلاف على هذا الوجه مذكور فى مسئلة الزنا وصورتها غير السلطان اذا أكره رجلا على الزنا فعلى قول أبى حنيفة رحمه الله يجب الحد على الزانى كأنه باشر الزنا طوعا وعلى قولهما لا حد عليه فظن بعض مشايخنا أن الخلاف بينهم فى الزنا خاصة وأما فى غيره فاكراه غير السلطان واكراه السلطان سواء عندهم جميعا ومنهم من قال الخلاف فى الزنا وغيره من الاحكام أيضا سواء واختلفوا فيما بينهم بعضهم قال هذا اختلاف عصر وزمان وبعضهم قال هذا اختلاف حجة وبرهان انتهى فتدبر (قوله لان الردة تتعلق بالاعتقاد ألا ترى أنه لو كان قلبه مطمئنا بالايمان لا يكفر وفى اعتقاده الكفر شك فلا تثبت البينونة بالشك) قال صاحب العناية ويجوز أن يجعل كلامه دليلين أحدهما أن يقال ان الردة بتبدل الاعتقاد وتبدل الاعتقاد ليس بثابت لقيام الدليل وهو الاكراه والثانى أن يقال الردة باعتقاد الكفر وفى اعتقاده الكفر شك لانه أمر مغيب لا يطلع عليه الا بترجمة اللسان وقيام الاكراه يصرف عن صحة الترجمة فلا تثبت البينونة المترتبة على الكفر بالشك انتهى (أقول) لا يذهب على ذى فطرة سليمة أن ما قاله لغو من الكلام لان ما زعمه دليلين متحدان فى المعنى وانما التغاير بينهما فى بعض الالفاظ وهو تبدل الاعتقاد فى الاول واعتقاد الكفر فى الثانى ولا ريب أن تبدل اعتقاد المسلم انما يكون باعتقاد الكفر فاتحدا معنى فما معنى جعلهما دليلين وان جعل مدار جعلهما دليلين مجرد تغايرهما فى اللفظ فلا معنى لجعل كلام المصنف دليلين أيضا لان الواقع فى كلام المصنف هو اللفظ الثانى دون الاول كما ترى (قوله فالقول قوله استحسانا لان اللفظ غير موضوع للفرقة وهى بتبدل الاعتقاد ومع الاكراه لا يدل على التبدل فكان القول قوله) قال صاحب العناية فى حل هذا المحل وجه الاستحسان أن اللفظ يعنى كلمة الكفر غير موضوع للفرقة يعنى لم يظهر منها ظهورا بينا من حيث الحقيقة حتى يكون صريحا يقوم اللفظ فيه مقام معناه كما فى الطلاق بل دلالته عليها من حيث ان اللفظ دليل وترجمة لما فى القلب فان دل على تبدل الاعتقاد المستلزم للفرقة كان دلالته عليها دلالة مجازية ومع الاكراه لا يدل على التبدل فضلا عن أن يكون صريحا فيه يقوم لفظه مقام معناه ولهذا كان القول قوله انتهى كلامه (أقول) فيه خلل فان قوله فان دل على تبدل

رحمه الله ثم رجع وقال لا حد عليه اذا كان المكره سلطانا (قوله فالقول قوله استحسانا) قيد به لان فى القياس القول قول المرأة حتى يفرق بينهما لان كلمة الكفر سبب لحصول البينونة كلفظ الطلاق

قال المصنف (واذا أكره على الردة لم تبن امرأته منه) أقول قال العلامة الزيلعى هذا اذا قال لم يخطر ببالى شئ ونويت ما طلب منى وقلبي مطمئن بالايمان فانه حينئذ لا تبين امرأته ديانة ولا قضاء لانه لم يقر على نفسه بوجود المخلص واجابة ما طلب منه فى حالة الاكراه مرخص له دون غيرها من الاحوال حتى لو خطر بباله أنه لو أكرهه العدو على كلمة الكفر فاجرى على لسانه وقلبه مطمئن بالايمان كفر من ساعته لانه رضى باجراء كلمة الكفر على لسانه من غير اكراه فصار نظير ما لو نوى أن يكفر فى وقت فى المستقبل انتهى وفيه بحث (قوله ويجوز أن يجعل كلامه دليلين أحدهما الخ) أقول لا فرق بين هذين الدليلين فى المعنى بل فى اللفظ فقط كما لا يخفى

قوله بخلاف الاكراه على الاسلام حيث يصير به مسلما لانه لما احتمل) أن يكون لفظه يوافق اعتقاده (واحتمل) أن لا يكون لفظه (رجحنا الاسلام في الحالين) قيل أي في حال (لان الاسلام يعلو ولا يعلى) فلم يجعل كافرا في الصورة الاولى وجعل مسلما في الصورة الثانية ترجيحا للاسلام (وهذا في حق الحكم أما بينه وبين الله تعالى اذا لم يعتقد الاسلام فليس بمسلم) وكان هذا اشارة الى ماقاله الامام أبو منصور الماتريدي وهو المنقول عن أبي حنيفة رضي الله عنه أن الايمان هو التصديق والاقرار باللسان شرط اجراء الاحكام وليس ذلك مذهب أهل أصول الفقه فانهم يجعلون الاقرار ركنا (ولو أكره على الاسلام حتى حكم باسلامه ثم رجع لم يقتل لتمكن الشبهة) أي شبهة عدم الارتداد لجواز أن يكون التصديق غير قائم بقلبه عند الشهادتين (والشبهة دارئة للقتل) (قوله ولو قال الذي أكره) معطوف على قوله وقال هو قد أظهرت ذلك يعني لو قال في جواب قولها قد بنت منك أخبرت عن أمر ماض ولم أكن فعلت بانت منه قضاء لا ديانة لانه أقر أنه طائع باتيان مالم يكره عليه لانه أكره على الانشاء دون الاقرار ومن أقر بالكفر طائعا ثم قال عنيت به الكذب لا يصدقه القاضي لانه خلاف الظاهر اذ الظاهر هو الصدق حالة الطواعية لكنه يصدق ديانة لانه ادعى مايحتمله لفظه

بخلاف الاكراه على الاسلام حيث يصير به مسلما لانه لما احتمل واحتمل رجحنا الاسلام في الحالين لانه يعلو ولا يعلى وهذا بيان الحكم أما فيما بينه وبين الله تعالى اذا لم يعتقده فليس بمسلم ولو أكره على الاسلام حتى حكم باسلامه ثم رجع لم يقتل لتمكن الشبهة وهي دارئة للقتل ولو قال الذي أكره على اجراء كلمة الكفر أخبرت عن أمر ماض ولم أكن فعلت بانت منه حكما لا ديانة لانه أقر أنه طائع باتيان مالم يكره عليه

الاعتقاد المستلزم للفرقة كان دلالتها عليها دلالة مجازية لا يكاد يتم اذ لا بد في المجاز من كون اللفظ مستعملا في المعنى المجازي ولا شك أن اللفظ ههنا وهو كلمة الكفر غير مستعمل في الفرقة لا حقيقة ولا مجازا وانما هي أي الفرقة اثر لازم لمعنى اللفظ وهو الاعتقاد الردي فلم تكن دلالة اللفظ عليها مجازية بل كانت التزامية محضة فكان انفهامها من اللفظ بطريق الاستتباع لا بطريق الاصالة فصارت من قبيل مستتبعات الالفاظ المغايرة للحقيقة والمجاز على ماعرف في علم البلاغة فان قلت يجوز أن يراد بالمجازية ههنا المتجاوزة عن المعنى الحقيقي الى أي شئ كان لا المتجاوزة عن المعنى الحقيقي الى المعنى المجازي فقط فتعم مستتبعات الالفاظ أيضا قلت هذا المعنى مع كونه مخالفا للعرف والاصطلاح بالكلية بايا جدا قوله من قبل يعني لم يظهر فيها ظهورا بينا من حيث الحقيقة فتأمل فالوجه المجمل المفيد المطابق للمشروح ماذكره صاحب النهاية معزيا الى الايضاح حيث قال وجه الاستحسان أن هذه اللفظة غير موضوعة للفرقة وانما تقع الفرقة باعتبار تغير الاعتقاد والاكراه دليل على عدم تغير الاعتقاد فلا تقع الفرقة كذا في الايضاح اهـ (قوله بخلاف الاكراه على الاسلام حيث يصير به مسلما لانه لما احتمل واحتمل رجحنا الاسلام في الحالين لانه يعلو ولا يعلى) قال صاحب النهاية وكأن هذا اشارة الى ماقاله الامام أبو منصور الماتريدي وهو المنقول عن أبي حنيفة رضي الله عنه أن الايمان هو التصديق والاقرار باللسان شرط اجراء الاحكام وليس ذلك مذهب أهل أصول الفقه فانهم يجعلون الاقرار ركنا انتهى (أقول) فيه نظر فان ماذكر في الكتاب كيف يكون اشارة الى ماقاله الامام أبو منصور الماتريدي مع تمشيته على المذهبين معا بل تمشيته على المذهب الثاني أظهر في حال الاكراه على الاسلام لان الاقرار اذا كان ركنا من الايمان كان المكره على الاسلام آتيا باحد ركنيه فيظهر وجه الحكم باسلامه فانه لما تحقق أحد ركني الاسلام مع عدم الجزم بانتفاء الآخر حكمنا بوجود الاسلام ترجيحا لجانبه بخلاف ما اذا كان الايمان هو التصديق وكان الاقرار شرط الاجراء الاحكام فانه على هذا لا يتحقق شئ من ركني الايمان في المكره على الاسلام وانما يكون المتحقق فيه ماهو خارج عن حقيقة الايمان شرط لاجراء الاحكام فوجه الحكم بالاسلام بمجرد تحقق ماهو شرط لاجراء أحكامه لا يظهر ظهوره في الاول لا يقال كيف يتمشى مافي الكتاب على المذهب الثاني في حال الاكراه على الردة وعلى تقدير أن يكون الاقرار ركنا من الايمان يلزم أن يثبت حكم الردة باجراء كلمة الكفر على اللسان لانه ينتفي الاقرار اذ ذاك وانتفاء ركن واحد يستلزم انتفاء الكل لا محالة لانا نقول ان من قال بان الاقرار ركن من الايمان لم يقل انه ركن أصلي منه كالتصديق بل قال انه ركن زائد والتصديق ركن أصلي وفسر معنى كونه ركنا زائدا بان الشارع اعتبره في وجود المركب لكن ان عدم بناء على ضرورة جعل الشارع عدمه عفوا واعتبر المركب موجودا حكما وقد بين ذلك في كتب الاصول بما لا مزيد عليه فعلى هذا يظهر تمشي مافي الكتاب على هذا المذهب أيضا في حال الاكراه على الاسلام والاكراه على الكفر كما لا يخفى تأمل

ويستوي في ذلك الطائع والمكره ووجه الاستحسان ان هذه اللفظة غير موضوعة للفرقة وانما تقع الفرقة باعتبار تبدل الاعتقاد والاكراه دليل على عدم تبدل الاعتقاد فلا تقع الفرقة (قوله ولو قال الذي أكره على اجراء كلمة الكفر أخبرت عن أمر ماض ولم أكن فعلت بانت منه حكما لا ديانة لانه أقر أنه طائع باتيان

وحكم

(قوله وكأن هذا اشارة الى ماقاله الامام أبو منصور الماتريدي) أقول فيه بحث لخفاء الاشارة لظهور أن هذا الكلام مستقيم على تقدير أن يكون الاقرار ركنا فان الحكم به اذ هو الظاهر لنا وليس في كلامه مايدل على شرطيته للحكم

(ولو قال أردت ما طلب مني من الكفر وقد خطر ببالي الخبر عما مضى بانت قضاء وديانة لانه مبتدئ بالكفر هازل به حيث علم لنفسه مخلصا غيره)
لانه لما خطر هذا بباله أمكنه الخروج عما ابتلي به بان ينوي ذلك والضرورة قد اندفعت بهذا الامكان فاذا لم يفعل وانشأ الكفر كمن أجرى كلمة الكفر طائعا على وجه الاستخفاف مع علمه أنه كفر فتبين امرأته قضاء وديانة والحاصل أن المكره على اجراء كلمة الكفر على ثلاثة أوجه في وجه لا يكفر لا قضاء ولا ديانة وفي وجه يكفر فيهما جميعا وفي وجه يكفر قضاء يفرق القاضي بينه وبين امرأته ولم يكفر ديانة وذلك لانه اذا أجراها فاما أن يخطر بباله غير ما طلب منه أولا والثاني هو الاول والاول ان خطر بباله أن يقول ذلك ويريد الاخبار عما مضى كاذبا وأراده فهو الثالث وان لم يرده فهو الثاني واذا ظهر لك هذا أمكنك ان تخرج مسئلة الصلاة للصليب وسب النبي صلى الله عليه وسلم وقوله (المار) اشارة الى قوله لانه مبتدئ بالكفر هازل به حيث علم بالنفسه مخلصا غيره والله أعلم بالصواب

(كتاب الحجر)

أورد الحجر عقيب الاكراه لان في كل منهما سلب ولاية المختار عن الجري على موجب اختياره الا أن الاكراه لما كان أقوى تأثيرا لان فيه سلبها عمن له اختيار صحيح وولاية كاملة بخلاف الحجر كان أحق بالتقديم وهو حسن لكونه شفقة على خلق الله تعالى وهي أحد قطبي أمر الديانة والآخر التعظيم لامر الله وهو في اللغة عبارة عن المنع وفي عرفهم هو المنع عن التصرف في حق شخص

 مخصوص وهو الصغير والرقيق والمجنون وأسبابه مصادر هذه الاسامي وألحق بها المفتي الماجن

وحكم هذا الطائع ما ذكرناه ولو قال أردت ما طلب مني وقد خطر ببالي الخبر عما مضى بانت ديانة وقضاء لانه اقر أنه مبتدأ بالكفر هازل به حيث علم لنفسه مخلصا غيره وعلى هذا اذا أكره على الصلاة للصليب وسب محمد النبي عليه الصلاة والسلام ففعل وقال نويت به الصلاة لله تعالى ومحمدا آخر غير النبي عليه الصلاة والسلام بانت منه قضاء لا ديانة ولو صلى للصليب وسب محمدا النبي عليه الصلاة والسلام وقد خطر بباله الصلاة لله تعالى وسب غير النبي عليه الصلاة والسلام بانت منه ديانة وقضاء لما مر وقد قررناه زيادة على هذا في كفاية المنتهى والله أعلم

(كتاب الحجر)

تنف

(كتاب الحجر)

أورد الحجر عقيب الاكراه لان في كل منهما سلب ولاية المختار عن الجري على موجب الاختيار الا أن الاكراه لما كان أقوى تأثيرا لان فيه سلبها عمن له اختيار صحيح وولاية كاملة بخلاف الحجر كان أحق بالتقديم كذا

ما لم يكره عليه لانه أكره على انشاء الكفر والاخبار غير الانشاء وهو طائع فيه ومن أقر بالكفر فيما مضى طائعا ثم قال عنيت به كذبا لا يصدقه القاضي لانه خلاف الظاهر ويصدق فيما بينه وبين ربه لانه نوى ما يحتمله لفظه (قوله وحكم هذا الطائع ما ذكرنا) اشارة الى قوله بانت منه حكما لا ديانة (قوله ولو قال أردت ما طلب مني) أي الانشاء وقد خطر ببالي الخبر عن ماض بانت منه ديانة وقضاء لانه بعد ما خطر بباله قد تمكن من الخروج عما ابتلي به بان ينوي ذلك والضرورة تنعدم بهذا التمكن فاذا لم يفعل ذلك وأنشأ الكفر كان بمنزلة من اجرى كلمة الشرك طائعا وذلك لانه لما خطر بباله الاخبار بالكفر كاذبا يمكنه التخلص عما أكره عليه باقل مما أكره عليه وهو الاخبار عن الكفر في الماضي كاذبا دون الانشاء لان الانشاء كفر في القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى والاخبار عن الكفر كاذبا في الماضي كفر في القضاء وأما فيما بينه وبين ربه فليس بكفر ومتى أمكن للمكره دفع ما أكرهه عليه باقل مما أكره عليه فان يأتي بالزيادة يجعل طائعا في الزيادة لانه لا حاجة الى الزيادة فقد أنشأ كفرا طائعا فيحكم بكفره في القضاء وفيما بينه وبين ربه بخلاف ما اذا لم يخطر بباله الاخبار عن الكفر فيما مضى بالكذب لان هناك لا يمكنه دفع الاكراه الا بعين ما أكرهه عليه ويجعل مكرها والمكره على انشاء الكفر لا يكفر في القضاء ولا فيما بينه وبين ربه والوجه الثالث وهو ان يقول لم يخطر ببالي شئ لكن كفرت بالله كفرا مستقبلا وقلبي مطمئن بالايمان فلا تبين منه امرأته استحسانا لانه لم يخطر بباله سوى ما أكره عليه فكانت الضرورة متحققة ومع تحقق الضرورة يرخص له في اجراء كلمة الشرك مع طمأنينة القلب بالايمان (قوله وعلى هذا اذا أكره على الصلاة للصليب) أي على السجدة للصليب وسب محمدا النبي عليه السلام ففعل وقال نويت به الصلاة لله تعالى ومحمدا آخر غير النبي بانت منه قضاء لا ديانة ولو صلى للصليب وسب محمدا النبي عليه السلام وقد خطر بباله الصلاة لله وسب غير النبي بانت ديانة وقضاء لانه يمكنه دفع ما أكره عن نفسه لانه لما خطر بباله شتم محمد غير النبي قد وجد مخرجا عما ابتلي به ثم لما ترك ما خطر على باله وشتم محمدا النبي عليه السلام كان كافرا وان وافق المكره فيما أكرهه لانه وافقه بعد ما وجد المخرج عما ابتلي به فكان غير مضطر في موافقته ومن شتم محمدا النبي من غير اضطرار كان كافرا قال في المبسوط وهذه المسئلة تدل على ان السجود لغير الله على وجه التعظيم كفر وان لم يخطر بباله شئ وصلى للصليب أو سب محمدا وقلبه مطمئن بالايمان لم تبن منه منكوحته لا قضاء ولا ديانة لانه فعل مكرها لانه تعين ما أكره عليه ولم يمكنه دفعه عن نفسه اذا لم يخطر بباله غيره

(كتاب الحجر)

(كتاب الحجر) (قوله وهو حسن لكونه شفقة على خلق الله تعالى وهي أحد قطبي أمر الديانة والآخر التعظيم لامر الله تعالى وهو في اللغة عبارة عن المنع) أقول قوله هو في الموضعين راجع الى الحجر وقوله وهي راجع الى الشفقة

والطبيب الجاهل والمكاري المفلس بالاتفاق ولما كان أسبابه ماذكرنا لم يجز تصرف الصغير الا باذن وليه ولا تصرف

العبد الا باذن سيده ولا يجوز تصرف المجنون المغلوب بحال ما وأما الذي لا يكون مغلوبا وهو الذي يعقل البيع ويقصده فان تصرفه كتصرف الصبي العاقل كما سيجيء أما عدم جواز تصرف الصبي فلنقصان عقله وأهلية التصرف انما هي بالعقل لكن أهليته مترقبة واذن وليه آية أهليته وأما العبد فله أهلية لكنه حجر عليه لرعاية حق المولى كي لا تتعطل عليه منافع عبده فانه لو لم يثبت الحجر لنفذ البيع الذي باشره وشراؤه فيلحقه دين فيأخذ أربابها أكسابه التي هي منفعة المولى وذلك تعطيل لها عنه ولئلا علك رقبته بتعلق الدين به اذا لم يكن له كسب غير أن المولى اذا أذن فقد رضي بفوات حقه والجنون الغالب لا يجامعه أهلية فلا يجوز تصرفه بحال قال (ومن باع من هؤلاء شيأ) أراد بهؤلاء الصبي والعبد والمجنون الذي يجن ويفيق وتصرفهم فيما يتردد بين الضر والنفع ينعقد موقوفا اذا كان يعلم أن البيع سالب والشراء جالب ويقصده لافادة هذا الحكم أعني كون البيع سالبا والشراء جالبا وهو احتراز عن الهازل فان بيعه ليس لافادة هذا الحكم (والولي بالخيار ان شاء أجازه اذا كان فيه مصلحة وان شاء فسخه لان التوقف في العبد لحق المولى فيتخير فيه وفي الصبي والمجنون نظر لهما فيتحرى مصلحتهما فيه) وكلامه ظاهر وأراد سؤالا على الشراء وهو أن الاصل في

قال (الاسباب الموجبة للحجر ثلاثة الصغر والرق والجنون فلا يجوز تصرف الصغير الا باذن وليه ولا تصرف العبد الا باذن سيده ولا تصرف المجنون المغلوب بحال) أما الصغير فلنقصان عقله غير أن اذن الولي آية أهليته والرق لرعاية حق المولى كي لا يتعطل منافع عبده ولا يملك رقبته بتعلق الدين به غير أن المولى بالاذن رضي بفوات حقه والجنون لا تجامعه الاهلية فلا يجوز تصرفه بحال أما العبد فاهل في نفسه والصبي ترتقب أهليته فلهذا وقع الفرق قال (ومن باع من هؤلاء شيأ وهو يعقل البيع ويقصده فالولي بالخيار ان شاء أجازه اذا كان فيه مصلحة وان شاء فسخه) لان التوقف في العبد لحق المولى فيتخير فيه وفي الصبي والمجنون نظر لهما فيتحرى مصلحتهما فيه ولا بد أن يعقلا البيع ليوجد ركن العقد فينعقد موقوفا على الاجازة والمجنون قد يعقل البيع

في الشروح ومن محاسن الحجر أن فيه شفقة على خلق الله عز وجل وهي أحد قطبي أمر الديانة والآخر التعظيم لامر الله تعالى وتحقيق ذلك ان الله تعالى خلق الورى وفاوت بينهم في الحجر فجعل بعضهم أولي الرأي والنهي ومنهم أعلام الهدى ومصابيح الدجى وجعل بعضهم مبتلى ببعض أسباب الردى فيما يرجع الى معاملات الدنيا كالمجنون الذي هو عديم العقل والمعتوه الذي هو ناقص العقل فاثبت الحجر عليهما عن التصرفات نظرا من الشرع لهما لان الظاهر من تصرفهما ضرر يلزمهما اذ ليس لهما عقل كامل يردعهما وتمييز وافر يردهما وكذلك حجر الصبي والرقيق أما الصبي ففي أول أحواله كالمجنون وفي آخرها كالمعتوه فما هو المتوقع من ضررهما يتوقع في حق الصبي وأما الرقيق فانه يتصرف في مال غيره لانه لا مال له ولا يستعمل من يتصرف في مال الغير مثل استعماله في مال نفسه عادة فسد باب التصرف على الرقيق بالحجر رعاية لنظر المولى ثم ان الحجر في اللغة هو المنع فانه مصدر حجر عليه القاضي اذا منعه وفي الشريعة هو المنع عن التصرف في حق شخص مخصوص وهو الصغير والرقيق والمجنون كذا في النهاية والعناية (أقول) فيه قصور أما أولا فلان الحجر في الشريعة ليس هو المنع عن التصرف مطلقا بل هو منع عن التصرف قولا لا فعلا كما يفصح عنه ما سيأتي في الكتاب من أن هذه المعاني الثلاثة يعني الصغر والرق والجنون توجب الحجر في الاقوال دون الافعال وأما ثانيا فلان المحجور عليه غير منحصر في الصغير والرقيق والمجنون بل المفتي الماجن والمتطبب الجاهل والمكاري المفلس محجور عليهم عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله كما صرحوا بذلك كله في عامة المعتبرات وسيأتي في الكتاب شيأ فشيأ فقوله في ذيل التعريف وهو الصغير والرقيق والمجنون تفسير زائد وتقييد كاسد وبالجملة في التعريف المزبور تقصير من حيث اطلاق المقيد وتقييد المطلق وقال في الكافي الحجر في اللغة المنع وفي الشرع منع عن التصرف قولا بصغر ورق وجنون انتهى (أقول) فيه تدارك المحذور الاول ولكن يبقى المحذور الثاني على حاله كما لا يخفى فالاولى ماذكر في معراج الدراية فانه قال فيه ثم الحجر لغة المنع مصدر حجر عليه وشرعا منع مخصوص وهو المنع من التصرف قولا لشخص مخصوص وهو المستحق للحجر بأي سبب كان اه تدبر (قوله الاسباب الموجبة للحجر ثلاثة الصغر والرق والجنون) هذه الثلاثة بالاتفاق وألحق بها ما اشتق منها

هو في اللغة المنع ومنه سمي الحطيم حجرا لانه منع من الكعبة وسمي العقل حجرا لانه يمنع من القبائح قال الله تعالى هل في ذلك قسم لذي حجر أي لذي عقل وفي الشرع منع عن التصرف قولا بصغر ورق وجنون فانه تعالى خلق الورى على تفاوت بينهم في الحجى فجعل بعضهم ذوي النهى ومنهم اعلام الهدى ومصابيح الدجى وجعل بعضهم مبتلى ببعض أسباب الردى كالمجنون الذي هو عديم العقل والمعتوه الذي هو ناقص العقل والصبي فاثبت الحجر على هؤلاء نظرا فلا يجوز تصرف الصغير أي لا ينفذ (قوله ولا يجوز تصرف المجنون المغلوب) أي الذي لا يفيق أصلا (قوله بحال) أي في جميع الاحوال (قوله كي لا يتعطل منافع عبده) يعني لو لم يثبت الحجر لنفذ البيع الذي باشره وكذا الشراء فيلحقه دين فيأخذ أرباب الدين اكسابه وهي منفعة المولى فيتعطل منافعه (قوله ومن باع من هؤلاء شيأ أو اشترى وهو يعقل البيع ويقصده) المراد

الشراء النفاذ على المباشر من غير توقف على ما مر من بيع الفضولي فكيف ينعقد ههنا موقوفا على الاجازة وأجاب بان عدم التوقف انما يكون
اذا وجد على المباشر نفاذا كما فى شراء الفضولي وههنا لم نجد ذلك لعدم الاهلية فى الصبي والمجنون أو لضرر المولى فوقفناه قال صاحب النهاية
هذا الذى ذكره من الاشكال انما يرد على لفظ مختصر القدوري حيث قال فيه ومن باع من هؤلاء شيأ أو اشترى أما ههنا يعني فى الهداية
فلم يذكر قوله أو اشترى فلا يرد الاشكال ولكن جعل المذكور فى القدوري مذكورا ههنا أورد الاشكال وهو
موجود فى بعض النسخ وكذا
فى نسخة سماعي وكذا ذكره
شيخي فى شرحه (قوله وهذه
المعاني الثلاثة) يعني الصغر
والرق والجنون (توجب
الحجر فى الاقوال) يعني
ماتردد منها بين النفع والضر
كالبيع والشراء أى هذه
المعاني توجب التوقف على
الاجازة على العموم بين
الصغير والمجنون والعبد
وأما مايتمحض منها ضررا
كالطلاق والعتاق فانه
يوجب الاعدام من الاصل
فى حق الصغير والمجنون
دون العبد وأما مايتمحض
منها نفعا كقبول الهبة
والهدية والصدقة فانه لاحجر
فيه على العموم (قوله دون
الافعال) يعني ان المعاني
الثلاثة لاتوجب الحجر عن
الافعال (لان الشان ان
الافعال لامرد لها) حتى ان
ابن آدم لو انقلب على قارورة
انسان فكسرها وجب
عليه الضمان فى الحال
وكذلك العبد والمجنون اذا
أتلفا شيأ لزمهما الضمان فى
الحال (لان الافعال توجد
حسا ومشاهدة) ويحصل بها
الاتلاف والاتلاف بعد الحصول لايمكن أن يجعل كلا اتلاف (بخلاف الاقوال

و يقصده وان كان لا يرجح المصلحة على المفسدة وهو المعتوه الذى يصلح وكيلا عن غيره كما بينا فى الوكالة فان قيل
التوقف عندكم فى البيع أما الشراء فالاصل فيه النفاذ على المباشر قلنا نعم اذا وجد نفاذا عليه كما فى شراء الفضولي
وههنا لم نجد نفاذا لعدم الاهلية أو لضرر المولى فوقفناه (قال وهذه المعاني الثلاثة توجب الحجر فى الاقوال دون
الافعال) لانه لامرد لها لوجودها حسا ومشاهدة بخلاف الاقوال

ثلاثة أخرى بالاتفاق أيضا وهى المفتي الماجن والمتطبب الجاهل والمكاري المفلس وأما حجر المديون
والسفيه بعدما بلغ رشيدا فعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله كذا فى الشروح (أقول) قد أطبقت
كلمة الفقهاء فى كتب الفروع على ادراج العته فى الجنون وجعل الاسباب الاصلية المتفق عليها ثلاثة
وهى الصغر والرق والجنون وفى كتب الاصول على جعل العته قسيم الجنون كسائر الامور المعترضة
على الاهلية ومخالفاله فى أكثر الاحكام فقد خالف اصطلاحهم فى الفروع اصطلاحهم فى الاصول وهذا
من النوادر (قوله وهذه المعاني الثلاثة) التى هى الصغر والرق والجنون توجب الحجر فى الاقوال حتى أوجب
التوقف فى الاقوال التى تردد بين النفع والضر كالبيع والشراء بطريق العموم بين الصغير والمجنون والعبد
وأوجب الحجر من الاصل بالاعدام فى حكم أقوال تتمحض ضررا كالطلاق والعتاق فى حق الصغير والمجنون
دون العبد فانه يملك الطلاق كذا فى النهاية والكفاية قال صاحب العناية فى حل هذا المحل وهذه المعاني
الثلاثة يعني الصغر والرق والجنون توجب الحجر فى الاقوال يعني ماتردد منها بين النفع والضر كالبيع
والشراء أى هذه المعاني توجب التوقف على الاجازة على العموم بين الصغير والمجنون والعبد وأما ما
يتمحض منها ضررا كالطلاق والعتاق فانه يوجب الاعدام من الاصل فى حق الصغير والمجنون دون العبد
وأما مايتمحض منها نفعا كقبول الهبة والهدية والصدقة فانه لاحجر فيه على العموم انتهى كلامه (أقول)

هؤلاء الصبي والعبد والمجنون الذى يجن ويفيق وهو المعتوه الذى يصلح وكيلا عن غيره وهو قد يعقل البيع
ويقصده وان كان لا يرجح المصلحة على المفسدة لا الذى ذهب عقله فان تصرفه لا يصح وان لحقه الاجازة لعدم
الانعقاد وبقوله يعقل البيع ان يعرف ان البيع جالب للثمن سالب للمبيع والشراء بعكسه وبقوله
ويقصده ان يقصد اثبات الحكم وفيه احتراز عن الهازل فانه لا يقصد حكمه وهذا لان التوقف فى تصرف
العبد لحق المولى وفى الصبي والمجنون لحقهما فيتحرى المصلحة فى تصرف هؤلاء ولا بد ان يعقلا البيع ليتحقق
ركن البيع فينعقد موقوفا على الاجازة فان قيل التوقف يستقيم فى البيع أما الشراء فلا يتوقف بل ينفذ
على المباشر قلنا الشراء اذا وجد نفاذا على المباشر ينفذ عليه كالفضولي اذا اشترى مال انسان لآخر فانه
ينفذ عليه ولا يتوقف أما اذا لم يجد نفاذا لعدم الاهلية كما فى الصبي والمجنون أو لضرر المولى كما فى العبد فيتوقف
(قوله وهذه المعاني الثلاثة توجب الحجر فى الاقوال) حتى أوجب التوقف فى الاقوال التى تردد بين النفع
والضر كالبيع والشراء وأوجب الحجر من الاصل بالاعدام فى حكم أقوال تتمحض ضررا كالطلاق والعتاق
فى حق الصغير والمجنون دون العبد فانه يملك الطلاق (قوله لامرد لها لوجودها حسا ومشاهدة) فانه

(قوله وكذا ذكره شيخي فى شرحه) أقول أراد الكاكي (قوله يعني ماتردد منها بين النفع والضر) أقول الاولى عندي هو تعميم الاقوال لما
تمحض ضررا وماتردد بين النفع والضر ونفاذ طلاق العبد لا يضر لما يخصص الضعف من هذا العموم (قوله فانه يوجب الاعدام من الاصل)
أقول فلا ينعقد (قوله فى حق الصغير والمجنون دون العبد) أقول فى البعض كالطلاق دون البعض كالعتاق

لان اعتبارها موجودة بالشرع والقصد من شرطه

خصص الشارح المزبور الاقوال المذكورة في مسئلة الكتاب بالاقوال المترددة بين النفع والضر حيث قال أعني ماتردد منها بين النفع والضر كالبيع والشراء فلما أخرج عن الاقوال ماتمحض نفعا أو ماتمحض ضررا وكان فائدة اخراج الاول ظاهرة لعدم ثبوت الحجر فيه أصلا دون فائدة ثبوت اخراج الثاني لثبوت الحجر فيه أيضا في حق الصغير والمجنون خصص معنى ايجاب الحجر أيضا حيث قال أي هذه المعاني توجب التوقف على الاجازة على العموم بين الصغير والمجنون والعبد وأشار بذلك الى عدم ثبوت الحجر بهذا المعنى المخصوص فيما يتمحض ضررا من الاقوال ونبه عليه بقوله وأما ما يتمحض منها ضررا كالطلاق والعتاق فانه يوجب الاعدام من الاصل في حق الصغير والمجنون دون العبد ولا يذهب عليك أن عبارة الكتاب مع عدم مساعدتها لشئ من التخصيصين المذكورين يلزم اذذاك محذوران أحدهما أنه على ذلك المعنى الذي ذهب اليه الشارح المزبور يصير ما ل معنى هذه المسئلة وهي قوله وهذه المعاني الثلاثة توجب الحجر في الاقوال معنى المسئلة السابقة وهي قوله ومن باع من هؤلاء شيأ أو اشتراه وهو يعقل البيع ويقصده فالولي بالخيار ان شاء أجازه اذا كان فيه مصلحة وان شاء فسخه فلا يكون في اعادة الثانية فائدة الا مجرد كونها توطئة لقوله دون الافعال وثانيهما انه لا يناسب حينئذ ادراج ما يتمحض ضررا من الاقوال كالطلاق والعتاق والاقرار في المسائل المتفرعة على هذا الاصل وهو قوله وهذه المعاني الثلاثة توجب الحجر في الاقوال وقد أدرجه فيها في الكتاب حيث قال فيما بعد والصبي والمجنون لا يصح عقودهما ولا اقرارهما ولا يقع طلاقهما ولا اعتاقهما وصرح الشارح المزبور وغيره هناك بان تلك المسائل ذكرت تفريعا على الاصل المذكور وقد وقع التصريح بفاء التفريع في مختصر القدوري في قوله فالصبي والمجنون لا يصح عقودهما ولا اقرارهما ولا يقع طلاقهما ولا اعتاقهما بعد قوله وهذه المعاني الثلاثة توجب الحجر في الاقوال دون الافعال فتعين التفريع بنفس عبارته فالوجه عندي أن اللام في الاقوال في قوله توجب الحجر في الاقوال للجنس وأن المراد بايجاب الحجر في قوله توجب الحجر في الاقوال ما يعم ايجاب التوقف على الاجازه كما في الاقوال المترددة بين النفع والضر وايجاب الاعدام من الاصل كما في الاقوال المتمحضة للضرر فلا يحتاج الى اخراج هذا القسم أعني ما تمحض ضررا عن الاقوال المذكورة في الاصل المسفور بل هذا القسم أيضا داخل في جنس الاقوال فيشمله ذلك الاصل فيناسب تفريع المسائل الآتية بأسرها عليه ولا يضر عدم تحقق الحجر في الاقوال التي تتمحض نفعا لان تحقق الحجر في جنس الاقوال لا يقتضي تحققه في جميع أفرادها فصار الاصل المزبور مجملا وما فرع عليه من المسائل تبيينا له فما جعل في تلك المسائل مما يحجر فهو داخل تحت حكم الحجر ومالا فلا تأمل تقف (قوله بخلاف الاقوال لان اعتبارها موجودة بالشرع والقصد من شرطه) أقول فيه اشكال لان الطلاق والعتاق والعفو عن القصاص واليمين والنذر كلها من الاقوال المعتبرة

اذا قتل انسانا أو قطع يده أو أراق شيأ لا يمكن ان يجعل القتل والقطع والاراقة كالعدم لانه يؤدي الى ان لا تكون المقتول والمقطوع والمراق مقتولا ومقطوعا ومراقا وهو دخول في السوفسطائية وانكار الحقائق بخلاف الاقوال فان اعتبارها بالشرع أما الانشا آت فظاهر اذ التطليق والاعتاق والبيع والهبة ونحوها لا تؤثر في المحل حسا وانما صار المحل محرما ومحررا ومملوكا بالشرع وأما الاخبارات كالاقارير والشهادات موجبها عرف شرعا لانها دلالات على المخبر عنه فيجوز ان لا تقع دلالة لانها تحتمل الصدق والكذب بذاتها (قوله والقصد من شرطه) أي القصد شرط اعتبارها موجودة اذ الكلام المعتبر ما يكون موجودا بصورته ومعناه ومعنى الكلام لا يوجد الا بالقصد وهو يكون بالعقل ولا عقل للصبي والمجنون فلا يكون لهما قصد واعتبار الفعل لا يتوقف على القصد فالنائم اذا انقلب على مال انسان وأتلفه يضمن وان عدم القصد الا اذا كان القصد فعلا يتعلق به حكم يسقط بالشبهات كالحدود والقصاص فيجعل عدم القصد في ذلك شبهة في حق الصبي والمجنون حتى لا يجب عليهما الحد بالزنا والسرقة وشرب الخمر وقطع الطريق والقصاص بالقتل (قوله

لان اعتبارها) حال كونها موجودة حاصل (بالشرع والقصد من شرط الاعتبار) وليس للصبي والمجنون قصد لقصور العقل فينتفي المشروطبه وأما في العبد فالقصد وان وجد منه لكنه غير معتبر للزوم الضرر على المولى بغير اختياره فان قيل الاقوال موجودة حسا ومشاهدة فما بالها اشرط اعتبارها موجودة شرعا بالقصد دون الافعال فالجواب من وجهين أحدهما أن الاقوال الموجودة حسا ومشاهده ليست عين مدلولاتها بل هي دلالات عليها ويمكن تخلف المدلول عن دليله

(قوله لان اعتبارها حال كونها موجودة) أقول لا يخفى عليك أن موجودة مفعول ثان للاعتبار أي اعتبارها مفيدة للاحكام بالشرع ومعنى الوجود ما يترتب عليه الآثار والاحكام

فيمكن أن يجعل القول الموجود بمنزلة المعدوم بخلاف الافعال فان الموجود منها عينها فبعدما وجدت لا يمكن أن تجعل غير موجودة والثانى أن القول قد يقع صدقا وقد يقع كذبا وقد يقع جدا وقد يقع هزلا فلابد من القصد ألا ترى أن القول من الحر العاقل البالغ اذا وجد هزلا لم يعتبر شرعا فكذا من هذه الثلاثة بخلاف الافعال فانها حيث وقعت وقعت حقيقة فلا يمكن تبديلها وقوله (الا اذا كان) استثناء من قوله لا مرد لها يعنى أن الافعال اذا وجدت لا مرد لها لكن اذا كان فعل يتعلق به حكم يندرئ بالشبهات كالحدود والقصاص يجعل عدم القصد فى ذلك شبهة دارئة لما يترتب عليه من الحدود والقصاص قال (والصبى والمجنون لا يصح عقودهما) أراد بعدم الصحة عدم النفاذ لما تقدم فى قوله ومن باع من هؤلاء شيأ فالمولى بالخيار وانما أعاد هذه المسئلة تفريعا على الاصل المذكور وهو أن هذه المعانى الثلاثة توجب الحجر عن الاقوال لتنساق القوليات فى موضع واحد وقوله (لما بينا) اشارة الى قوله والقصد من شرطه (ولا يقع طلاقهما ولا عتاقهما لقوله عليه الصلاة والسلام كل طلاق واقع الا طلاق الصبى والمعتوه) رواه الترمذى عن أبى هريرة

(الا اذا كان فعلا يتعلق به حكم يندرئ بالشبهات كالحدود والقصاص) فيجعل عدم القصد فى ذلك شبهة فى حق الصبى والمجنون قال (والصبى والمجنون لا تصح عقودهما ولا اقرارهما) لما بينا (ولا يقع طلاقهما ولا عتاقهما) لقوله عليه الصلاة والسلام كل طلاق واقع الا طلاق الصبى والمعتوه

فى الشرع مع أن القصد ليس بشرط لاعتبارها فى الشرع ألا ترى أن طلاق العاقل البالغ هازلا وكذا عتاق الحر البالغ العاقل هازلا وكذا يمينه هازلا ونذره هازلا صحيح معتبر فى الشرع على ما صرحوا به فى مواضعها سيما فى مباحث الهزل من كتب الاصول مع أن الهزل ينافى القصد لا محالة فان عدم القصد والارادة معتبر فى نفس مفهوم الهزل وقال فى العناية فان قيل الاقوال موجودة حسا ومشاهدة فما بالها شرط اعتبارها موجودة شرطا بالقصد دون الافعال فالجواب من وجهين أحدهما أن الاقوال الموجودة حسا ومشاهدة ليست عين مدلولاتها بل هى دلالات عليها ويمكن تخلف المدلول عن دليله فيمكن أن يجعل القول الموجود بمنزلة المعدوم بخلاف الافعال فان الموجود منها عينها فبعدما وجدت لا يمكن أن تجعل غير موجودة والثانى أن القول قد يقع صدقا وقد يقع كذبا وقد يقع جدا وقد يقع هزلا فلابد من القصد ألا ترى أن القول من الحر البالغ العاقل اذا وجد هزلا لم يعتبر شرعا فكذا من هذه الثلاثة بخلاف الافعال فانها حيث وقعت وقعت حقيقة فلا يمكن تبديلها انتهى (أقول) فى كل من وجهى الجواب نظر أما فى الاول فانه غير مثمش فى الانشا آت لانها عين مدلولاتها ولا يمكن تخلف مدلولاتها عنها ولا يخفى أن أكثر الاقوال المعتبرة فى الشرع فى افادة الاحكام الشرعية من قبيل الانشا آت فلا يتم التقريب وأما فى الثانى فلانه منتقض بما تساوى فيه الجد والهزل من الاقوال كالطلاق والعتاق ونحوهما فتدبر تفهم (قوله والصبى والمجنون لا تصح عقودهما ولا اقرارهما الخ) أراد بعدم الصحة عدم النفاذ لما تقدم فى قوله ومن باع من هؤلاء شيأ فالولى بالخيار وانما أعاد المسئلة تفريعا على الاصل المذكور وهو أن هذه المعانى الثلاثة توجب الحجر عن الاقوال لتنساق القوليات فى موضع واحد كذا فى العناية والنهاية قال بعض الفضلاء واذا أريد بالصبى والمجنون الصبى الغير العاقل والمجنون المغلوب لا يحتاج الى تأويل عدم الصحة بعدم النفاذ ويخلص كلام المصنف عن وصمة التكرار انتهى وقد أخذ هذا المعنى من آخر كلام صاحب غاية البيان ههنا فانه قال أراد بقوله لا يصح لا ينفذ لان بيعهما وسائر تصرفاتهما الذى يتردد بين النفع والضرر موقوف على اجازة الولى ألا ترى الى ما قال قبل هذا بقوله ومن باع من هؤلاء شيأ وهو يعقل البيع ويقصده فالولى بالخيار ان شاء أجازه الا اذا أريد بقوله والصبى من لا يعقل أصلا وبقوله والمجنون الذى لا يفيق أصلا فحينئذ يجرى قوله ولا يصح على ظاهره انتهى كلامه (أقول) لا مساغ لذلك الاحتمال لان حمل الصبى والمجنون فى قوله والصبى والمجنون لا تصح عقودهما على الصبى الغير العاقل والمجنون المغلوب فقط مما لا تساعده القاعدة فان المعرف بلام التعريف اذا لم يكن هناك معهود انما يحمل على الجنس فى قاعدة أهل العربية وعلى الاستغراق فى قاعدة أهل الاصول كما تقرر كله فى موضعه وههنا الصبى الغير العاقل والمجنون المغلوب لم يعهدا بخصوصهما قطعا فلابد أن يراد بالصبى والمجنون المذكورين ههنا جنسهما أو جميع أفرادهما على احدى القاعدتين لا حصة مخصوصة منهما كما توهم ولئن سلم مساعدة القاعدة لذلك فلو أريد بهما ههنا ذلك القسم المعين منهما لزم أن لا تكون أحكام عقود الصبى العاقل والمجنون الغير المغلوب الذى هو المعتوه ولا أحكام اقرارهما وطلاقهما وعتاقهما مذكورة فى كتاب الحجر أصلا اذ موضع ذكر تلك الاحكام هنا ولم تذكر فى موضع آخر من هذا الكتاب فيلزم أن تكون متروكة سدى ولا يختلج فى وهمك أنها تفهم مما ذكر دلالة لان

الا اذا كان فعلا يتعلق به حكم يندرئ بالشبهات) استثناء من قوله لانه لا مرد لها

(قوله فيمكن أن يجعل القول الموجود بمنزلة المعدوم) أقول لم يتبين مما ذكره سبب شرطية القصد فى اعتبارها موجودة شرعا (قوله فلابد من القصد) أقول السؤال أنه لم يكن بد من القصد (قوله قال والصبى والمجنون لا يصح عقودهما أراد بعدم الصحة عدم النفاذ الخ) أقول أريد بالصبى الغير العاقل والمجنون المغلوب لا يحتاج الى تأويل عدم الصحة بعدم النفاذ ويخلص كلام المصنف عن وصمة التكرار

والاعتاق يتمحض مضرة ولا وقوف للصبي على المصلحة في الطلاق بحال لعدم الشهوة ولا وقوف للولي على عدم التوافق على اعتبار بلوغه حد الشهوة فلهذا لا يتوقفان على اجازته ولا ينفذان بمباشرته بخلاف سائر العقود قال (وان أتلفا شيأ لزمهما ضمانه) احياء لحق المتلف عليه وهذا لان كون الاتلاف موجبا لا يتوقف على القصد كالذي يتلف بانقلاب النائم عليه والحائط المائل بعد الاشهاد بخلاف القولي على ما بيناه قال (فأما العبد فاقراره نافذ في حق نفسه) لقيام أهليته (غير نافذ في حق مولاه) رعاية لجانبه لان نفاذه لا يعرى عن تعلق الدين برقبته أو كسبه وكل ذلك اتلاف ماله قال (فان أقر بمال لزمه بعد الحرية) لوجود الاهلية وزوال المانع ولم يلزمه في الحال لقيام المانع (وان أقر بحد أو قصاص لزمه في الحال) لانه مبقى على أصل الحرية في حق الدم حتى لا يصح اقرار المولى عليه بذلك

سبب الحجر في الصبي الغير العاقل والمجنون المغلوب أقوى من سببه في غيرهما فلا يدل عدم صحة تصرف في حقهما على عدم صحته في حق غيرهما كما لا يخفى (قوله والاعتاق يتمحض مضرة ولا وقوف للصبي على المصلحة في الطلاق بحال لعدم الشهوة ولا وقوف للولي على عدم التوافق على اعتبار بلوغه حد الشهوة) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام والاعتاق يتمحض مضرة لامحالة والطلاق وان أمكن أن يتردد بين النفع والضر باعتبار موافقة الاخلاق بعد البلوغ لكن الصبي لا وقوف له على المصلحة في الطلاق بحال أما في الحال فلعدم الشهوة وأما في المآل فلان علم المصلحة فيه يتوقف على العلم بتباين الاخلاق وتنافر الطباع عند بلوغه حد الشهوة ولا علم له بذلك والولي وان أمكن أن يقف على مصلحته في الحال لكن لا وقوف له على عدم التوافق على اعتبار بلوغه حد الشهوة انتهى كلامه (أقول) فيه بحث أما أولا فلان جعله الطلاق مما يتردد بين النفع والضر مخالف لما صرح به نفسه وسائر الشراح فيما مر من أنه مما يتمحض ضررا اللهم الا أن يحمل كلامه ههنا على التنزل والتسليم فتأمل وأما ثانيا فلانه ان أراد بالمصلحة في قوله والولي وان أمكن أن يقف على مصلحته في الحال مصلحة الصبي في الطلاق كما هو الملائم لما نحن فيه وهو المطابق لقوله من قبل لكن الصبي لا وقوف له على المصلحة في الطلاق يلزم أن لا يتم قوله وان أمكن أن يقف على مصلحته في الحال لان علة عدم الوقوف على مصلحته في الطلاق في الحال عدم شهوته في الحال كما أفصح عنه المصنف والشارح المزبور في تعليل عدم وقوف الصبي على تلك المصلحة فعند تقررها تيك العلة كيف يمكن للولي أن يقف على تلك المصلحة وان أراد بالمصلحة المذكورة مصلحته في غير الطلاق يكون ذكرها لغوا في اثبات ما نحن فيه كما لا يخفى

(قوله ولا وقوف للولي على عدم التوافق على اعتبار بلوغه حد الشهوة) أي لا وقوف للولي على مصلحة الطلاق لان ذا يعتمد العلم بتباين اخلاقهما وتنافر طباعهما اذا بلغ الصغير حد الشهوة ولا علم للولي بذلك بخلاف سائر العقود لامكان وقوفه على المصلحة (قوله والحائط المائل بعد الاشهاد) الحائط اذا تلف به شئ يضمن صاحب الحائط وان عدم القصد من صاحبه في سقوطه (قوله بخلاف القولي على ما بيناه) أي من ان القصد من شرطه (قوله لانه مبقى على أصل الحرية في حق الدم) لان الحدود والقصاص من خواص الآدمية وهو ليس بمملوك من حيث انه آدمي وان كان مملوكا من حيث انه مال ولهذا لا يصح اقرار المولى عليه بهما فاذا بقي على أصل الحرية فيهما ينفذ اقراره فيهما لانه أقر بما هو حقه وبطلان حق المولى ضمني فان قيل قوله عليه السلام لا يملك العبد والمكاتب شيأ الا الطلاق يقتضي ان لا يملك الاقرار بالحدود والقصاص قلنا المبقى على أصل الحرية فيهما يكون هذا اقرار الحر لا اقرار العبد ولان قوله تعالى بل الانسان على نفسه بصيرة يقتضي ان يصح ولا يقال انه خص منه الاقرار بالمال لان النص لم يتناوله اذ اقراره بالمال يلاقي حق الغير والنص يتناول الاقرار على نفسه فان قيل يحمل النص على الحر دفعا للتعارض قلنا يحمل الاثر على غير هذه الصورة دفعا للتعارض

رضي الله عنه (والاعتاق يتمحض مضرة) لامحالة (و) الطلاق وان أمكن أن يتردد بين النفع والضر باعتبار موافقة الاخلاق بعد البلوغ لكن الصبي (لا وقوف له على المصلحة في الطلاق بحال) أما في الحال فلعدم الشهوة) وأما في المآل فلان علم المصلحة فيه يتوقف على العلم بتباين الاخلاق وتنافر الطباع عند بلوغه حد الشهوة ولا علم له بذلك (و) الولي وان أمكن أن يقف على مصلحته في الحال لكن (لا وقوف له على عدم التوافق على اعتبار بلوغه حد الشهوة فلهذا لا يتوقفان على اجازته ولا ينفذان بمباشرته) أي الولي (بخلاف سائر العقود) وقوله (وان أتلفا شيا) بيان تفريع الافعال على الاصل المذكور ومعناه ظاهر وقوله (والحائط المائل بعد الاشهاد) يعني أنه لا قصد من صاحب الحائط في وقوع الحائط ومع ذلك يجب الضمان (قوله على ما بيناه) اشارة الى قوله بخلاف الاقوال والقصد من شرطه وقوله (فاما العبد فاقراره نافذ) معطوف على قوله والصبي والمجنون لا يصح عقودهما ولا اقرارهما ومعناه ظاهر (قوله لما روينا اشارة الى قوله عليه الصلاة والسلام كل طلاق واقع الا طلاق الصبي والمعتوه) وكلامه ظاهر

قوله باعتبار موافقة الاخلاق) أقول أي وجودا وعدما (قوله لكن لا وقوف له على عدم التوافق على اعتبار بلوغه حد الشهوة) أقول يعني أن الطلاق ليس من تلك المصالح التي توقف عليها في الحال (قوله وقوله وان أتلفا شيا بيان لتفريع الافعال على الاصل المذكور) أقول فيه بحث (وينفذ

(وينفذ طلاقه) لما روينا ولقوله عليه الصلاة والسلام لا يملك العبد والمكاتب شيأ الا الطلاق ولانه عارف بوجه المصلحة فيه فكان أهلا وليس فيه ابطال ملك المولى ولا تفويت منافعه فينفذ والله أعلم بالصواب

(باب الحجر للفساد)

(قال أبو حنيفة رحمه الله لا يحجر على الحر البالغ العاقل السفيه وتصرفه في ماله جائز وان كان مبذرا مفسدا يتلف ماله فيما لا غرض له فيه ولا مصلحة وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله وهو قول الشافعي رحمه الله يحجر على السفيه ويمنع من التصرف في ماله)

(باب الحجر للفساد)

أخر هذا الباب لان أسباب الحجر فيما تقدم عليه سماوية وسبب الحجر ههنا مكتسب والسماوى في التاثير أقوى فكان بالتقديم أولى ولان الحجر في الاول متفق عليه وفي الثاني مختلف فيه والمتفق عليه أحرى بالتقديم قال في العناية والمراد بالفساد ههنا هو السفه وهو خفة تعترى الانسان فتحمله على العمل بخلاف موجب الشرع والعقل مع قيام العقل وقد غلب في عرف الفقهاء على تبذير المال واتلافه على خلاف مقتضى العقل والشرع انتهى (أقول) في تفسير كل من معنيي السفه على الوجه المذكور شئ أما في الاول فهو أن العمل بخلاف موجب العقل مع قيام العقل مشكل اذ الظاهر أن موجب الشئ لا يتخلف عنه وعن هذا قال في المبسوط والكافي السفه هو العمل بخلاف موجب الشرع واتباع الهوى وترك ما يدل عليه الحجا وأما في الثاني فهو أنه ان كان معنى السفه في عرف الفقهاء تبذير المال واتلافه على خلاف مقتضى العقل والشرع فكيف القول من أبي حنيفة رحمه الله بعدم الحجر على السفيه اذ لا مساغ لعدم المنع عما هو خلاف مقتضى الشرع عند أحد من الفقهاء ويمكن الجواب عن الاول بان المراد بخلاف موجب العقل خلاف موجب حكم العقل لا خلاف موجب نفس العقل فاللازم عدم التخلف عن حكم العقل لا عن نفسه ولا محذور فيه لامكان العمل بخلاف ما أوجبه حكم العقل كما هو حال النفوس الخبيثة وعن الثاني بان ما هو على خلاف مقتضى الشرع يجب أن ينهى عنه مرتكبه باللسان على الاتفاق ومنه عمل السفيه بالسفه وأما الحجر عنه بمعنى ابطال حكم التصرف بالكلية وان كان ذلك التصرف في نفس مال المتصرف فهو أمر آخر وراء ذلك لم يقل به أبو حنيفة بناء على استدعائه ضررا أشد من ضرر اتلاف المال كما سيأتى بيانه في الكتاب وقال في النهاية ثم اعلم أن مسائل هذا الباب كلها مبنية على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لا على قول أبي حنيفة رحمه الله فانه لا يرى الحجر للفساد والسفه أصلا اه (أقول) ليس هذا الكلام بسديد فان أكثر مسائل هذا الباب مما اتفق عليه أبو حنيفة وصاحباه كقوله وان أعتق عبدا نفذ عتقه وقوله ولو دبر عبده جاز

(قوله وينفذ طلاقه لما روينا) أراد به ما ذكر قبيل هذا وهو كل طلاق واقع الا طلاق الصبي والمعتوه والله أعلم بالصواب

(باب الحجر للفساد)

اعلم أن الحجر عند أبي حنيفة رحمه الله على الحر العاقل البالغ لا يجوز بسبب السفه والدين والغفلة وعندهما يجوز بغير الفسق وعند الشافعي رحمه الله يجوز بالكل وانما يصح الحجر عندهما في تصرفات لا تصح مع الهزل والاكراه كالبيع والاجارة والهبة والصدقة وما يحتمل الفسخ وكل تصرف لا يحتمل الفسخ كالطلاق والعتاق والنكاح لا يجوز الحجر فيه اجماعا وكذا الاسباب الموجبة للعقوبة كالحدود والقصاص والسفه هو العمل بخلاف موجب الشرع واتباع الهوى وترك ما يدل عليه الحجى والسفيه من عادته التبذير والاسراف في النفقة وان يتصرف بتصرفات لا لغرض أو لغرض لا يعده العقلاء من أهل الديانة غرضا مثل دفع المال الى المغنين واللاعبين وشراء الحمام الطيارة بثمن غال والغبن في التجارة من غير محمدة وأصل المسامحة في التصرفات والبر والاحسان مشروع الا أن الاسراف حرام كالاسراف في الطعام والشراب قال الله تعالى والذين اذا أنفقوا لم يسرفوا ولم يقتروا (قوله يتلف ماله فيما لا غرض له فيه ولا مصلحة) بان يحرق ماله أو يلقيه

(باب الحجر للفساد)

أخر هذا الباب لان ما تقدم عليه متفق عليه وهذا مختلف فيه والمراد بالفساد ههنا هو السفه وهو خفة تعترى الانسان فتحمله على العمل بخلاف موجب الشرع والعقل مع قيام العقل وقد غلب في عرف الفقهاء على تبذير المال واتلافه على خلاف مقتضى العقل والشرع (قال أبو حنيفة رحمه الله لا يحجر على الحر البالغ العاقل السفيه وتصرفه في ماله جائز وان كان مبذرا مفسدا يتلف ماله فيما لا غرض له فيه ولا مصلحة) كالالقاء في البحر والاحراق بالنار (وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله يحجر على السفيه ويمنع عن التصرف في ماله) غير أن الحجر عليه عندهما يؤثر في حق تصرف يتصل بماله ولا يصح مع الهزل والاكراه كالبيع والاجارة والاقرار بالمال وما لا يتصل بماله كالاقرار بالحدود والقصاص أو يتصل به لكنه يصح مع الهزل كالنكاح والطلاق والعتاق فالحجر لا يعمل فيه حتى صح منه هذه التصرفات بعد الحجر على ما سيجىء

(باب الحجر للفساد)

لانه مبذر ماله بصرفه لا على الوجه الذي يقتضيه العقل فيحجر عليه نظرا له اعتبارا بالصبي بل أولى لان الثابت في حق الصبي احتمال التبذير وفي حقه حقيقته ولهذا منع عنه المال ثم هو لا يفيد بدون الحجر لانه يتلف بلسانه ما منع من يده

وقوله ولو جاءت بجارية بولد فادعاه ثبت نسبه منه وكان الولد حرا والجارية أم ولده وقوله وان تزوج امرأة جاز نكاحها وان سمى لها مهرا جاز منه مقدار مهر مثلها وقوله ولو طلقها قبل الدخول وجب لها النصف وقوله وتخرج الزكاة من مال السفيه وينفق على أولاده وزوجته ومن تجب نفقته من ذوي أرحامه وقوله فان أراد حجة الاسلام لم يمنع منها ولو أراد عمرة واحدة لم يمنع منها وقوله فان مرض وأوصى بوصايا في القرب وأبواب الخير جاز ذلك في ثلث ماله وقوله ولا يحجر الفاسق عندنا اذا كان مصلحا لماله وانما المسائل الخلافية بين أبي حنيفة وصاحبيه من مسائل هذا الباب ثلاث ثنتان منها مذكورتان في أول الباب في الهداية والبداية احداهما مسئلة أنه لا يحجر السفيه عند أبي حنيفة ويحجر عندهما وأخراهما مسئلة أن الغلام البالغ غير رشيد اذا بلغ خمسا وعشرين سنة يسلم اليه ماله عند أبي حنيفة وان لم يؤنس منه الرشد وعندهما لا يدفع اليه ماله أبدا حتى يؤنس منه رشد وواحدة منهما مذكورة في آخر الباب في الهداية وحدها وهي مسئلة أن يحجر القاضي بسبب الغفلة عندهما ومع ذلك جعل قول أبي حنيفة في المسئلتين الاوليين أصلا في الذكر وقولهما تبعا له فلم يبق من مسائل هذا الباب ما هي مبنية على قولهما لا على قوله الا المسئلة الاخيرة المذكورة في الهداية وحدها فكيف يصح القول بان مسائل هذا الباب كلها مبنية على قول أبي يوسف ومحمد لا على قول أبي حنيفة * ثم أقول لو قال بدل ذلك الكلام ثم اعلم أن تلقيب هذا الباب بباب الحجر للفساد مبني على قول أبي يوسف ومحمد لا على قول أبي حنيفة فانه لا يرى الحجر للفساد والسفه أصلا لكان له وجه صحيح كما لا يخفى (قوله لانه مبذر ماله بصرفه لا على الوجه الذي يقتضيه العقل فيحجر عليه نظرا له اعتبارا بالصبي) قال صاحب العناية واستدل المصنف بقوله لانه مبذر ماله بصرفه لا على الوجه الذي يقتضيه العقل وكل من هو كذلك يحجر عليه نظرا له كالصبي فهذا يحجر عليه اهـ (أقول) تقريره غير مطابق للمشروح اذ لا يخفى أن حاصل كلام المصنف هنا قياس السفيه على الصبي قياسا تقريبيا في وجوب الحجر ورشد اليه قطعا قوله فيما سيأتي من قبل أبي حنيفة ولا يصح القياس على منع المال ولا على الصبي وقد قرره الشارح المذكور على القياس المنطقي حيث قدر الكبرى الكلية وجعل قوله فيحجر عليه نتيجة القياس كما ترى ثم ان صاحبي النهاية والعناية قالا هذا الدليل الذي ذكره المصنف انما يصح على قول أبي يوسف ومحمد لا على قول الشافعي لان حجر السفيه عنده بطريق الزجر والعقوبة عليه لا بطريق النظر له وقالا وفائدة هذا الخلاف بينهم تظهر فيما اذا كان السفيه مفسدا في دينه مصلحا في ماله كالفاسق فعند الشافعي يحجر عليه زجرا وعقوبة وعندهما لا يحجر عليه اهـ (أقول) فيه نظر لان من كان مصلحا في ماله لا يسمى سفيها في عرف الفقهاء كما أفصح عنه صاحب العناية فيما مر حيث قال وقد غلب في عرف الفقهاء على تبذير المال واتلافه على خلاف مقتضى العقل والشرع وأما كون المصلح في ماله اذا كان مفسدا في دينه يسمى بالسفيه على معناه الاصلي فلا يجدي نفعا ههنا اذ نحن بصدد بيان حكم السفيه في عرف الفقهاء بانه لا يحجر عليه عند أبي حنيفة ويحجر عليه عند أبي يوسف ومحمد والشافعي ولو كان الفاسق داخلا في السفيه في عرفهم لما صح بيان الحكم بالوجه المذكور فان الفاسق لا يحجر عليه عند أحد من أئمتنا كما سيأتي في

في البحر وما أشبه ذلك (قوله ولهذا منع عنه المال) أجمعوا على أنه يمنع عنه ماله ما لم يبلغ خمسا وعشرين سنة فاذا بلغ لا يمنع منه عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما دام المنع مادام السفه (قوله انه مخاطب) في هذا الوصف اشارة الى أهلية التصرف لان التكليف يقتضي التمكن من الاستيفاء جريا على موجب التكليف والاستيفاء انما يكون بالوصول الى الاموال وذلك بالتمليك والتملك وبالعقل يثبت أهلية التمييز والشرع جعل الرشد سببا لان التصرفات تمليكا وتملكا لهذا المعنى وأنه موجود في حق السفيه لانه مكلف عاقل

واستدل المصنف رحمه الله بقوله (لانه مبذر ماله بصرفه لا على الوجه الذي يقتضيه العقل و) كل من هو كذلك (يحجر عليه نظرا له كالصبي) فهذا يحجر عليه (بل أولى لان الثابت في حق الصبي احتمال التبذير وفي حقه حقيقته والدليل على صحة هذا منع المال منه والمنع لا يفيد بدون الحجر لانه يتلف بلسانه ما يمنع من يده) وهذا الذي ذكره من الدليل انما يصح على قولهما فاما على قول الشافعي رحمه الله فلا يصح لان حجر السفيه عنده بطريق الزجر والعقوبة عليه لا بطريق النظر له والفائدة تظهر فيما اذا كان السفيه مفسدا في دينه مصلحا في ماله كالفاسق فعنده يحجر عليه زجرا وعقوبة ولا يحجر عليه عندهما

ولابي

(ولابى حنيفة رحمه الله أنه مخاطب عاقل و) كل من هو كذلك (لايحجر عليه كالرشيد) ونوقض بالعبد فانه مخاطب عاقل ويحجر عليه وأجيب بانه قال مخاطب وهو مطلق والمطلق ينصرف الى الكامل والعبد ليس بكامل فى كونه مخاطبا لسقوط الخطابات المالية كالزكاة وصدقة الفطر والاضحية والكفارات المالية وبعض الخطابات الغير المالية كالحج والجمعة والعيدين والشهادات وشطر الحدود وغيرها ولو ضم الى ذلك حر سقط الاعتراض (وهذا) أى عدم الحجر (لان) فى الحجر سلب ولايته وفى سلب ولايته اهدار آدميته) وهو ظاهر (قوله ولا يصح القياس على منع المال) جواب عن قولهما ولهذا منع عنه المال وتقريره أن منع المال منه ليكون هو بطريق العقوبة عليه وزجرا له على التبذير والحجر أبلغ منه فى العقوبة لما ذكرنا فلا يقاس عليه وقوله (ولا على الصبى) جواب عن قولهما اعتبارا بالصبى أى لا يقاس السفيه على الصبى (لانه عاجز عن النظر لنفسه وهذا قادر عليه نظر له الشارع مرة باعطاء آلة القدرة) لما ذكرنا أنه عاقل (والجرى على خلافه لسوء اختياره) فكان قياس قادر على عاجز وهو فاسد وقوله (ومنع المال مفيد) جواب عن قوله ثم هو لا يفيد بدون الحجر يعنى أن منع المال بدون الحجر مفيد (لان غالب السفه) انما يكون (فى الهبات والصدقات وذلك يقف على اليد) أى لا يملك الا بالقبض فاذا لم يكن فى يده شئ يمتنع عن ذلك

ولابى حنيفة رحمه الله أنه مخاطب عاقل فلا يحجر عليه اعتبارا بالرشيد وهذا لان فى سلب ولايته اهدار آدميته والحاقه بالبهائم وهو أشد ضررا من التبذير فلا يتحمل الاعلى لدفع الادنى حتى لو كان فى الحجر دفع ضرر عام كالحجر على المتطبب الجاهل والمفتى الماجن والمكارى المفلس جاز فيما يروى عنه اذ هو دفع ضرر الاعلى بالادنى ولا يصح القياس على منع المال لان الحجر أبلغ منه فى العقوبة ولا على الصبى لانه عاجز عن النظر لنفسه وهذا قادر عليه نظر له الشرع مرة باعطاء آلة القدرة والجرى على خلافه لسوء اختياره ومنع المال مفيد لان غالب السفه فى الهبات والصدقات وذلك يقف على اليد قال (واذا حجر القاضى عليه ثم رفع الى قاض آخر فابطل حجره وأطلق عنه جاز) لان الحجر منه فتوى وليس بقضاء ألا يرى أنه لم يوجد المقضى له والمقضى عليه

الكتاب (قوله ولابى حنيفة انه مخاطب عاقل فلا يحجر عليه اعتبارا بالرشيد) قيل يشكل هذا بالعبد فانه مخاطب عاقل أيضا ومع ذلك يحجر عليه وأجيب بوجهين أحدهما أنه ذكر المخاطب مطلقا والمطلق ينصرف الى الكامل والعبد ليس بمخاطب كامل لسقوط الخطابات المالية عنه كالزكاة وصدقة الفطر والاضحية والكفارات المالية وسقوط بعض الخطابات الغير المالية كالحج وصلاة الجمعة والعيدين والشهادات وشطر

كالرشيد فكان بسبيل منه (قوله فلا يتحمل الاعلى) أى الحجر لدفع الادنى وهو التبذير وهذا لان نعمة المال نعمة زائدة واطلاق اللسان نعمة أصلية لان الآدمى انما فارق سائر الحيوانات باعتبار قوله فى التصرفات (قوله كالحجر على المتطبب الجاهل) فانه يسقى الناس فى أمراضهم دواء مهلكا وهو يعلم بذلك أو لا يعلم (قوله والمفتى الماجن) الماجن الذى لا يبالى ما صنع وما قيل له ومصدره المجون والمجانة اسم منه والفعل من باب طلب كذا فى المغرب وفى الذخيرة المفتى الماجن هو الذى يعلم الناس الحيل الباطلة بان يعلم المرأة حتى ترتد فتبين من زوجها أو يعلم الرجل ان يرتد فتسقط عنه الزكاة ثم يسلم ولا يبالى أن يحرم حلالا أو يحل حراما فضرر هذا متعد الى العامة (قوله والمكارى المفلس) هو الذى يتقبل الكراء ويؤاجر الابل وليس له ابل ولا غيرها يحمل عليه ولا مال يشترى به الدواب والناس يعتمدون عليه ويدفعون الكراء اليه ويتصرف هو ما أخذ منهم فى حاجته واذا جاء أوان الخروج يخفى هو نفسه فتذهب أموال الناس ويصير ذلك سببا لتقاعدهم عن الخروج الى الحج والغزو وفساد هذا الشخص متعد أيضا والحاق الضرر الخاص لدفع ضرر العام جائز أما ضرر المحجور المختلف فيه غير متعد بل يقتصر عليه فلا يكون المحجور المختلف فيه نظير هؤلاء فجواز الحجر فى حق هؤلاء يدل على جواز الحجر فى المختلف فيه فان قيل جعل الله تعالى للسفيه وليا بقوله تعالى فليملل وليه بالعدل قلنا السفيه هو المجنون عنده وعليه كثير من أهل التأويل (قوله ولا يصح القياس على منع المال) هذا جواب عن قولهما ولهذا منع عنه المال) أى اذا بلغ سفيها يمنع عنه المال بالاتفاق (قوله لان الحجر أبلغ منه فى العقوبة) أى لان الحجر عن التصرف أبلغ من منع المال من يده فى العقوبات لان نعمة اليد على المال نعمة زائدة واطلاق اللسان واعتبار البيان نعمة أصلية فبيان جواز الحاق ضرر يسير وهو المنع عن المال بتفويت نعمة زائدة لا يدل على جواز الحاق الضرر العظيم به بتفويت النعمة الاصلية (قوله لانه عاجز عن النظر لنفسه) يعنى ان الصبى لما كان يعجز عن النظر لنفسه مست الحاجة الى صيرورة الغير وليا له فيصير الصبى مولى عليه والمولى عليه لا يلى التصرف أما السفيه فقادر على النظر لنفسه لانه أعطى له آلة القدرة من العقل والبلوغ وان كان يعدل عن سنن العقل (قوله ومنع المال مفيد) هذا جواب عن قولهما ثم هو لا يفيد (قوله لان الحجر منه فتوى) هذا جواب عما يقال تصرف المحجور

وان فعل لم يفد (قوله واذا حجر الخ) تفريع على مسئلة الحجر

(قوله وأجيب بانه قال مخاطب الخ) أقول ولعل الاولى أن يقال المراد مخاطب فى حق تصرف يتصل بماله اذ الكلام فيه فيخرج العبد اذ لا مال له ولا خطاب فيه (قوله لسقوط الخطابات المالية الخ) أقول فيه بحث

ومعناه أن القاضي ان حجر على السفيه على رأيه ثم رفع حكمه الى قاض آخر فابطل حجره وأطلق جاز تصرفه وكان الواجب أن لايجوز لان قضاء لاقى مجتهدا فيه ونقضه باطل وانما جاز لان الحجر من القاضي فتوى لاقضاء لان القضاء يقتضي المقضي له والمقضي عليه ولا مقضي له ههنا سلمنا وجود المقضي له على احتمال بعيد وهو أن يجعل السفيه مقضيا له من حيث ان الحجر نظر له لكن نفس هذا القضاء مختلف فيه فان أبا حنيفة رضي الله عنه لم يقل به فصار محلا للقضاء يحتاج الى امضاء فلو رفع تصرفه بعد الحجر الى القاضي الحاجر أو الى غيره فقضى ببطلان تصرفه وصحة الحجر ثم رفع الى قاض آخر نفذ ابطاله لاتصال الامضاء به فلا يقبل النقض بعد ذلك ثم ان عند أبي حنيفة رحمه الله اذا بلغ الغلام سفيها منع عنه ماله الى خمس وعشرين سنة وتصرفه قبل ذلك نافذ لانه لا يحجر عليه عنده فاذا بلغ ذلك سلم اليه ماله وان لم يؤنس الرشد منه وقالا لايدفع اليه ماله حتى يؤنس منه رشده وتسامح عبارته في الجمع بين الابد وحتى ظاهر (ولايجوز تصرفه في ماله لان علة المنع السفه فيبقى ببقائه كالصبا ولابي حنيفة رحمه الله أن منع المال عنه بطريق التاديب) وهذا الدليل يمكن أن يوجه على وجهين أحدهما أن يقال سلمنا أن علة المنع السفه لكن المعلول هو المنع من حيث التاديب وهذا يقتضي أن يكون محلا للتاديب ولا تاديب بعد هذه المدة ظاهرا وغالبا لانه في هذه المدة يصير جدا باعتبار أقل مدة البلوغ في الانزال وهو اثنتا عشرة سنة وأقل مدة الحمل وهو ستة أشهر واذا لم يبق قابلا للتاديب فلا فائدة في المنع فلزم الدفع والثاني أن يجعل معارضة فيقال ماذكرتم وان دل على ثبوت المدلول لكن عندنا ما ينفيه وهو أن منع المال عنه بطريق التاديب الخ

ولو كان قضاء فنفس القضاء مختلف فيه فلابد من الامضاء حتى لو رفع تصرفه بعد الحجر الى القاضي الحاجر أو الى غيره فقضى ببطلان تصرفه ثم رفع الى قاض آخر نفذ ابطاله لاتصال الامضاء به فلا يقبل النقض بعد ذلك (ثم عند أبي حنيفة اذا بلغ الغلام غير رشيد لم يسلم اليه ماله حتى يبلغ خمسا وعشرين سنة فان تصرف فيه قبل ذلك نفذ تصرفه فاذا بلغ خمسا وعشرين سنة يسلم اليه ماله وان لم يؤنس منه الرشد وقالا لا يدفع اليه ماله أبدا حتى يؤنس منه رشده ولايجوز تصرفه فيه) لان علة المنع السفه فيبقى ما بقي العلة وصار كالصبا ولابي حنيفة رحمه الله أن المنع المال عنه بطريق التاديب ولا يتادب بعد هذا ظاهرا وغالبا ألا يرى أنه قد يصير جدا

الحدود وغيرها والثاني أن المراد بالمخاطب في قوله انه مخاطب هو المخاطب بالتصرفات المالية بدلالة محل الكلام لان الكلام في الحجر عن التصرفات المالية كالبيع والشراء والهبات والصدقات فحينئذ لا يتناول قوله انه مخاطب العبد لانه لا مال له فلا تصرف له في المال ولا خطاب فيه هذا زبدة ما في النهاية وغيرها (أقول) بقي في كلام المصنف شيء وهو أن قوله عاقل بعد قوله انه مخاطب مستدرك لان المخاطب لا يكون الا عاقلا فان ماليس بعاقل كالصبي والمجنون ليس بمخاطب لامحالة (قوله وقالا لايدفع اليه ماله أبدا حتى يؤنس منه رشده) قال صاحب العناية وتسامح عبارته في الجمع بين الابد وحتى ظاهر اه (أقول) يمكن توجيه عبارته بان يحمل الابد على الزمان الطويل الممتد كما حمل بعض المفسرين الخلود في قوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها على المكث الطويل فحينئذ لا تدافع بين الابد وحتى كما لا يخفى (قوله ولابي حنيفة أن منع المال عنه بطريق التاديب ولا يتادب بعد هذا ظاهرا وغالبا ألا يرى أنه يصير جدا

بالسفه بحكم القاضي ينبغي أن لا ينفذ أصلا عند أبي حنيفة رحمه الله ولا يكون لقاض آخر أن يبطل الحجر لان القضاء الاول لاقى محل الاجتهاد فلا يقبل النقض لما عرف فاجاب ان القضاء منه يكون فتوى وليس بقضاء وهو على قول محمد رحمه الله ظاهر لانه كان محجورا قبل قضائه حتى كان مفسد الماله وعند أبي يوسف رحمه الله وان كان يحتاج فيه الى حكم الحاكم لكن هذا قضاء من وجه لانه يثبت بقضائه مالم يكن ثابتا ولكنه فتوى من وجه لانه لم توجد شرائط القضاء وهو المقضي له والمقضي عليه والدعوى والانكار حتى لو وجد الدعوى والانكار بان تصرف بعد الحجر فرفع الى قاض وجرت الخصومة بينه وبين عاقده فقضى القاضي عليه بابطال التصرف وصحح الحجر فانه يصير متفقا عليه فلا ينفذ تصرفه بعد ذلك ونظيره القاضي اذا قضى بجواز بيع أم الولد قبل وجود الخصومة في ذلك لا يصير متفقا عليه لانه فتوى وبعد الخصومة صار متفقا عليه (قوله ولو كان قضاء) يعني ولئن سلمنا أن حجر القاضي قضاء بان يجعل السفيه مقضيا له من حيث ان الحجر ما ثبت الا نظرا له والقضاء بالحجر يقع عليه فيجعل مقضيا عليه فاذا وجد المقضي له والمقضي عليه عند اختلاف الجهة يكون قضاء ولكن نفس القضاء مختلف فيه وقضاء القاضي بالمختلف انما يرفع الخلاف اذا لم يكن نفس القضاء مختلفا فلابد من قضاء آخر لنفاذ هذا القضاء (قوله ولابي حنيفة رحمه الله أن منع المال عنه بطريق التأديب) يعني أن منع المال عنه على طريق مشايخنا ثابت بطريق العقوبة عليه ليكون زجرا له عن التبذير والعقوبات مشروعة بالاسباب الحسية فاما اهدار القول في التصرفات بمعنى حكمي فالعقوبات بهذا الطريق غير مشروعة كالحدود ولا يدخل عليه اسقاط شهادة القاذف فانه متمم حده عندنا الا انا نقول انما كان كذلك لكونه تابعا لما هو حسي وهو اقامة الحد لا مقصودا بنفسه (قوله ألا ترى أنه يصير جدا

(قوله ومعناه أن القاضي ان حجر على السفيه على رأيه) أقول الضمير في رأيه راجع الى القاضي (قوله فصار محلا) أقول يعني فصار نفس القضاء محلا الخ (قوله وتسامح عبارته في الجمع بين الابد وحتى ظاهر) أقول أراد بالابد الزمان المديد بقرينة قوله حتى

(قوله ولان المنع) دليل آخر وتقريره أن المنع بعد البلوغ اذا لم يؤنس رشده باعتبار أثر الصبا لان العادة وجدانه فى أوائل البلوغ ثم ينقطع بتطاول المدة وقدر ذلك بخمس وعشرين سنة ولان مدة البلوغ من حيث السن ثمان عشرة سنة وما قرب من البلوغ فهو فى حكم البلوغ وقدر ذلك بسبع سنين اعتبارا بمدة التمييز فى الابتداء على ما أشار اليه عليه الصلاة والسلام بقوله مروا صبيانكم بالصلاة اذا بلغوا سبعا (ولهذا قال أبو حنيفة رحمه الله لو بلغ رشيدا ثم صار سفيها لا يمنع عنه المال لانه ليس بأثر الصبا) فان قيل الدفع معلق بايناس الرشد فما لم يوجد لا يجوز الدفع اليه وأجيب بان الشرط يوجب الوجود عند الوجود لا العدم عند العدم سلمناه لكنه منكر يراد به أدنى ما ينطلق عليه وقد وجد ذلك اذا وصل الانسان الى هذه الحالة لصيرورة فرعه أصلا فكان متناهيا فى الاصالة قال (ثم لا يتأتى التفريع على قوله) أراد أن التفريع الذى ذكره القدورى فى مختصره بقوله فاذا باع لا ينفذ لا يتأتى على قول أبى حنيفة رضى الله عنه (وانما التفريع على قول من يرى الحجر فعندهما لما صح الحجر لا ينفذ بيعه اذا باع لتظهر فائدة الحجر عليه) فيكون موقوفا (فان رأى الحاكم فيه مصلحة) بان كان بمثل القيمة أو كان البيع رابحا وكان الثمن باقيا فى يده (أجازه) وان كان الثمن أقل من القيمة أو كان البيع خاسرا ولم يبق الثمن فى يده لم يجزه لان فيه ضررا به لخروج المبيع عن يده بدون أن يكون فيه شئ من البدل واستدل على الجواز والتوقف بقوله (لان ركن التصرف قد وجد) وذلك يوجب الجواز وردباب ركن التصرف اذا وجد من أهله يوجب ذلك والسفيه ليس باهل وأجيب بانه أهل لان الاهلية بالعقل والسفه لا ينفيه كما تقدم فان قيل فعلام

في هذا السن فلا فائدة فى المنع فلزم الدفع ولان المنع باعتبار أثر الصبا وهو فى أوائل البلوغ وينقطع بتطاول الزمان فلا يبقى المنع ولهذا قال أبو حنيفة لو بلغ رشيدا ثم صار سفيها لا يمنع المال عنه لانه ليس بأثر الصبا ثم لا يتأتى التفريع على قوله وانما التفريع على قول من يرى الحجر فعندهما لما صح الحجر لا ينفذ بيعه اذا باع توفيرا لفائدة الحجر عليه وان كان فيه مصلحة أجازه الحاكم لان ركن التصرف قد وجد والتوقف

في هذا السن فلا فائدة فى المنع فلزم الدفع) قال صاحب العناية وهذا الدليل يمكن أن يوجه على وجهين أحدهما أن يقال سلمنا أن علة المنع السفه لكن المعلول هو المنع من حيث التاديب وهذ يقتضى أن يكون محلا للتاديب ولا تاديب بعد هذه المدة ظاهرا وغالبا لان فى هذه المدة يصير جدا باعتبار أقل مدة البلوغ فى الانزال وهو اثنتا عشرة سنة وأقل مدة الحمل وهو ستة أشهر واذا لم يبق قابلا للتاديب فلا فائدة فى المنع فلزم الدفع والثانى أن يجعل معارضة فيقال ماذكرتم وان دل على ثبوت المدلول لكن عندنا ما ينفيه وهو أن منع المال عنه بطريق التأديب الخ اه كلامه وقد اقتفى أثره الشارح العينى (أقول) فى تقرير الوجه الاول على ماذكراه خلل اذ على تقدير تسليم كون علة المنع السفه وادعاء أن المعلول هو المنع من حيث التاديب دون المنع المطلق يلزم أن يتخلف المعلول عن العلة بعد تلك المدة لعدم تحقق المنع من حيث التاديب بعدها بناء على عدم كون المحل قابلا للتاديب مع تحقق السفه بعدها أيضا ولا شك أن تخلف المعلول عن العلة باطل ولهذا قال فى دليل الامامين فيبقى ما بقى العلة فاعتبار التاديب مع المنع فى جانب المعلول باطل أيضا لاستلزامه ذلك الباطل المحال والصواب عندى فى تقرير الوجه الاول أن يقال ان علة المنع ليس هو السفه وحده بل هو مع قصد التاديب فاذا لم يبق المحل قابلا للتاديب بعد تلك المدة لم يقصد التاديب بعدها فانتفت العلة بانتفاء أحد جزأيها وهو قصد التاديب فلزم انتفاء المعلول الذى هو المنع أيضا بعدها فوجب الدفع فصار حاصل هذا الدليل على هذا الوجه هو المنع لا التسليم كما توهم (قوله ولان المنع باعتبار أثر الصبا وهو فى أوائل البلوغ وينقطع بتطاول الزمان فلا يبقى المنع) فان قيل الدفع معلق بايناس الرشد فما لم يوجد لا يجوز الدفع اليه وأجيب بان الشرط يوجب الوجود عند الوجود لا العدم عند العدم سلمناه لكنه منكر يراد به أدنى ما ينطلق عليه وقد وجد ذلك اذا وصل الانسان الى هذه الحالة لصيرورة فرعه أصلا فكان متناهيا فى الاصالة (أقول) الظاهر أن كونه متناهيا فى الاصالة عند وصوله الى تلك المدة لا يقتضى رشده لحصول ذلك فى المجنون أيضا مع عدم تصور الرشد فيه سلمناه لكنه لا يطابق قول أبى حنيفة فى وضع المسئلة من أنه اذا بلغ خمسا وعشرين سنة يسلم اليه ماله وان لم يؤنس منه الرشد اللهم الا أن يراد بالرشد هنالك الرشد الكامل لكن لا يساعده اللفظ ويأباه دليله تامل تقف (قوله لان ركن التصرف قد وجد والتوقف للنظر له وقد نصب الحاكم ناظرا له فيتحرى المصلحة فيه) قال فى العناية استدل على الجواز والتوقف بقوله لان ركن التصرف قد وجد وذلك يوجب

في هذا السن) وذلك لان أدنى مدة البلوغ فى حق الغلام اثنتا عشرة سنة ثم يولد له ابن لستة أشهر لان أقل مدة الحمل ستة أشهر ثم يبلغ ابنه باثنتى عشرة سنة ثم يولد له ابن لستة أشهر فيصير جدا بعد خمس وعشرين سنة ولو فرضناه مقام الابن البنت تصير جدة فى اثنتين وعشرين سنة لان أدنى مدة بلوغ البنت تسع سنين لكن هذا الذى ذكره عام فى الذكور والاناث ولما صار جدا صار فرعه أصلا فكان الجد متناهيا فى الاصالة فاذا لم يؤنس رشده فى سن تناهت اصالته عرفنا أنه انقطع رجاء التأديب منه فلا معنى لمنع المال عنه بعد ذلك اذ المنع كان للتأديب وهو لم يبق محلا للتأديب فى حق ماله (قوله ولان المنع باعتبار أثر الصبا

(قوله سلمناه لكنه منكر يراد به أدنى ما ينطلق عليه) أقول المطلق ينصرف الى الكامل كما سلف من الشارح فى أواخر الصحيفة السابقة وجوابه ظاهر فانه مذكور سندا للمنع هنا ويكفى الاحتمال فيه (قوله أو كان البيع خاسرا) أقول فيه بحث (قوله واستدل على الجواز الخ) أقول هذا

التوقف أجاب بقوله (النظر له فان الحاكم نصب ناظراله فيتحرى المصلحة فيه كما في الصبي الذي يعقل البيع والشراء ويقصده ولو باع السفيه قبل
حجر القاضي جاز عند أبي يوسف رحمه الله لانه لابد من حجر القاضي عنده لان الحجر دائر بين الضرر) وهو اهدار آدميته

(والنظر) له في ابقاء المبيع على ملكه كما كان (فلابد من مرجح وهو القضاء وعند محمد رحمه الله لا يجوز لانه يبلغ محجورا) عليه عنده اذ العلة عنده هي السفه بمنزلة الصبا) وهو موجود قبل القضاء فيترتب عليه الحكم (وعلى هذا الخلاف اذا بلغ رشيدا ثم صار سفيها) عند أبي يوسف يصير محجورا حتى يقضي القاضي وعند محمد يصير محجورا بمجرد السفه (وان أعتق عبدا) يعني بعد الحجر (نفذ عتقه عندهما وكذلك عند أبي حنيفة رحمه الله فلم يختص قولهما بالذكر احترازا عن قوله لان عند أبي حنيفة الحكم قبل الحجر وبعده سواء في نفاذ تصرفات المحجور بسبب السفه لانه لا تأثير للحجر عنده بل احترازا عن قولهما في سائر التصرفات التي يؤثر فيها الحجر كالبيع والشراء والاقرار بالمال وعن قول الشافعي فانه يقول لا ينفذ كما ذكره في الكتاب (و) ذكر أن (الاصل عندهما أن كل تصرف يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه الحجر ومالا فلا لان السفيه في معنى الهازل) لا من كل وجه (بل من حيث ان الهازل يخرج كلامه لا على نهج كلام العقلاء لاتباع الهوى ومكابرة العقل لا لنقصان في عقله فكذلك السفيه والعتق مما لا يؤثر فيه الهزل فيصح

النظر له وقد نصب الحاكم ناظراله فيتحرى المصلحة فيه كما في الصبي الذي يعقل البيع والشراء ويقصده ولو باع قبل حجر القاضي جاز عند أبي يوسف لانه لابد من حجر القاضي عنده لان الحجر دائر بين الضرر والنظر والحجر لنظره فلابد من فعل القاضي وعند محمد لا يجوز لانه يبلغ محجورا عنده اذ العلة هي السفه بمنزلة الصبا وعلى هذا الخلاف اذا بلغ رشيدا ثم صار سفيها (وان أعتق عبدا فذ عتقه عندهما) وعند الشافعي لا ينفذ والاصل عندهما أن كل تصرف يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه الحجر ومالا فلا لان السفيه في معنى الهازل من حيث ان الهازل يخرج كلامه على نهج كلام العقلاء لاتباع الهوى ومكابرة العقل لا لانقصان في عقله فكذلك السفيه والعتق مما لا يؤثر فيه الهزل فيصح منه

الجواز ورد بان ركن التصرف اذا وجد من أهله يوجب ذلك والسفيه ليس باهل وأجيب بانه أهل لان الاهلية بالعقل والسفه لا ينفيه فان قيل فعلام التوقف أجاب بقوله للنظر له فان الحاكم نصب ناظرا فيتحرى المصلحة فيه كما في الصبي الذي يعقل البيع والشراء ويقصده الى هنا لفظ العناية ورد بعض الفضلاء قوله واستدل على الجواز والتوقف بقوله لان ركن التصرف وجد حيث قال هذا انما يدل على الجواز فقط اهـ (أقول) يمكن أن يحمل كلام صاحب العناية ههنا على أن المصنف استدل على الجواز والتوقف بقوله لان ركن التصرف قد وجد الخ أي استدل على الجواز بقوله لان ركن التصرف قد وجد واستدل على التوقف بقوله والتوقف للنظر الخ فحصل من المجموع الاستدلال على الجواز والتوقف معا وان كان الحاصل من أول قوله هو الاستدلال على الجواز فقط ولما اتجه على أول استدلاله سؤال ظاهر الورود تصدى الشارح لذكره مع جوابه فوقع الفصل بين دليل الجواز ودليل التوقف في البيان تدبر تفهم (قوله والاصل عندهما أن كل تصرف يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه الحجر ومالا فلا الى قوله والعتق مما لا يؤثر فيه الهزل فيصح منه) قال في العناية وفيه بحث من أوجه

وهو في أوائل البلوغ) لان أول أحوال البلوغ قد لا يفارقه السفه باعتبار أثر الصبا وبقاء أثره كبقاء عينه فاذا امتد الزمان وظهرت الخبرة والتجربة لم يبق أثر الصبا وحدث ضرب من الرشد لا محالة لانه حال كمال لبه فقد روي عن ابن عمر رضي الله عنه قال ينتهي لب الرجل اذا بلغ خمسا وعشرين وقال أهل الطبائع من بلغ خمسا وعشرين فقد بلغ رشده ولان مدة البلوغ من حيث السن ثماني عشرة سنة فقدرنا مدة القرب منه بسبع سنين اعتبارا بمدة التمييز في الابتداء على ما أشار اليه النبي صلى الله عليه وسلم في قوله مروا صبيانكم بالصلاة اذا بلغوا سبعا (قوله دائر بين الضرر والنظر) لانه لما نفذ الحجر لم يصح بيعه بعد الحجر فبقي ملكه كما كان ففي ابقاء الملك له نظر وفي اهدار قوله ضرر ومثل هذا لا يرجح أحد الجانبين منه الا بقضاء القاضي توضيحه أن السفه ليس بشيء محسوس وانما يستدل به بان يغبن في التصرفات وقد يكون حيلة منه لاستجلاب قلوب المجاهزين فاذا كان محتملا مترددا لا يثبت حكمه الا بقضاء القاضي (قوله لانه يبلغ محجورا عنده اذ العلة هي السفه) والفرق لمحمد رحمه الله بين حجر السفيه حيث لا يتوقف على القضاء وبين حجر المديون حيث يتوقف على قضاء القاضي هو أن حجر السفيه لمعنى فيه وهو سوء اختياره لا لحق الغير فاشبه الجنون وثم ينحجر بنفس الجنون ولا يتوقف على القضاء فكذا ههنا وأما الحجر بسبب الدين ليس لمعنى فيه بل لحق الغرماء حتى لا يتلف حقهم بتصرفه فيتوقف على قضاء القاضي لان له ولاية عليه في عمل حجره فاما الغريم فلا ولاية له فلا يجوز حجره (قوله لان السفيه في معنى الهازل) فان قيل ان السفيه لما كان بمنزلة الهازل والهازل اذا أعتق عبده لا تجب السعاية على العبد فينبغي أن يكون السفيه كذلك قلنا الحجر على السفيه للنظر والنظر في السعاية ولا كذلك الهازل لانه ليس بمحجور (قوله والاصل عنده) أي عند الشافعي رحمه الله أن الحجر

نهج كلام العقلاء لاتباع الهوى ومكابرة العقل لا للنقصان في عقله فكذلك السفيه والعتق مما لا يؤثر فيه الهزل فيصح والاصل

انما يدل على الجواز فقط ثم المراد من قوله الجواز الانعقاد (قو بل احترازا عن قولهما الخ) أقول فيه ما فيه حيث لا يظهر وجه الاحتراز عن قولهما في سائر التصرفات بل هو احتراز عن قول الشافعي ليس الا كما يدل عليه تصريحه بخلاف الشافعي

منـه وفيه بحث من أوجـه الاول أن السفيه لو حنث في يمينه وأعتق رقبة لم ينفذه القاضي وكذا لو نذر بهدي أو غيره لم ينفذه فهذا مما لا يؤثر فيه الهزل لقوله صلى الله عليه وسلم ثلاث جدهن جـد وهزلهن جد وقد أثر فيه الحجر بالسفه والثاني أن الهازل اذا أعتق عبده عتق ولم تجب عليه سعاية والمحجور بالسفه اذا أعتقه وجب عليه السعاية فالهزل لم يؤثر في وجوب السعاية والحجر أثر فيه والثالث أن التعليل المذكور وانما يصح في حق السـفيه لا في حق الهازل والصحيح فيه أن يقال لقصـده اللعب به دون ما وضع الكلام له لا لنقصان في العقل والجواب عن الاول أن القضاء بالحجر عن التصرفات المالية فيما يرجع الى الاتلاف يستلزم عدم تنفيذ الكفارات والنـذور لان في تنفيذهما اضاعة المقصود من الحجر لامكان أن يتصرف في جميع ماله باليمين والحنث والنـذر وعن الثاني ماسيجيء في الكتاب وعن الثالث أن قصد اللعب بالكلام وترك ماوضع له من مكابرة العقل واتباع الهـوى فلا فرق بينهما (والاصل عنده أن الحجر بسبب السفه بمنزلة الحجر بسبب الرق) فانه لا يزيل الخطاب ولا يخرج من أن يكون أهـلا لالزام العقوبة باللسان باكتساب سببها كما أن الرق كذلك (فلا ينفذ بعـده شيء من تصرفاته الا الطلاق كالرقيق والاعتاق لا يصح من الرقيق فكذا من السـفيه) قلنا ليس السفه كالرق لان حجر الرق لحق الغير في المحل الذي يلاقيـه تصرفه حتى أن تصرفه فيما لا حق للغير فيه نافذ كالاقرار بالحـدود والقصاص وههنا لا حق لاحد في المحل الذي يلاقيه تصرفه فيكون نافـذا (فاذا صح عنـدهما كان على العبد أن يسعى في قيمته لان الحجر لمعنى النظر وذلك في رد العتق الا أنه متعذر) لعدم قبوله الفسخ (فيجب رده برد القيمة كما في الحجر على المريض) لاجل النظر لغرمائه أو ورثته فاذا أعتق المريض عبدا وجب عليه السعاية لغرمائه في جميع قيمته أو لورثته في ثلثي قيمته اذا لم يكن عليه دين ولا مال له سواه لمعنى النظر الى آخر النكتة (وعن محمد رحمه الله أنه لا تجب عليـه السعاية لانها لو وجبت لو جبت حقا لمعتقه وذلك غير معهود في الشرع وانما المعهود أن يجب لغير المعتق) كما في اعتاق أحد الشريكين فانه يسعى للساكت (ولو دبر عبده جاز لان التدبير يوجب حق العتق فيعتبر بحقيقته) لانه لما ملك انشاء حقيقة العتق فلأن يملك انشاء حقه كان أولى (الا أنه لا تجب السعاية في حياة المولى

والاصل عنده أن الحجر بسبب السـفه بمنزلة الحجر بسبب الرق حتى لا ينفذ بعـده شيء من تصرفاته الا الطلاق كالمرقوق والاعتاق لا يصح من الرقيق فكذا من السفيه (و) اذا صح عندهما (كان على العبد أن يسعى في قيمته) لان الحجر لمعنى النظر وذلك في رد العتق الا أنه متعذر فيجب رده برد القيمـة كما في الحجر على المريض وعن محمد أنه لا تجب السعاية لانها لو وجبت انما تجب حقا لمعتقه والسعاية ما عهد وجوبها في الشرع الا لحق غير المعتق (ولو دبر عبده جاز) لانه يوجب حق العتق فيعتبر بحقيقته الا أنه لا تجب السعاية مادام المولى حيا

الاول ان السـفيه لو حنث في يمينـه وأعتق رقبة لم ينفـذه القاضي وكذا لو نذر بهدي أو غيره لم ينفذه فهذا مما لا يؤثر فيـه الهزل بقوله عليـه الصلاة والسلام ثلاث جدهن جد وهزلهن جد وقد أثر فيه الحجر بالسفه والثاني أن الهازل اذا أعتق عبـده عتق ولم تجب عليـه السـعاية والمحجور بالسفه اذا أعتقه وجب عليه السعاية فالهزل لم يؤثر في وجوب السعاية والحجر أثر فيـه والثالث أن التعليـل المذكور انما يصح في حق السفيه لا في حق الهازل والصحيح فيه أن يقال لقصـده اللعب به دون ماوضع الكلام له لا لنقصان في العـقل والجواب عن الاول أن القضاء بالحجر عن التصرفات المالية فيما يرجع الى الاتلاف يسـتلزم عـدم تنفيذ الكفارات والنـذور لان في تنفيذهـما اضاعة المقصود من الحجر لامكان أن يتصرف في جميع ماله باليمـين والحنث والنذر وعن الثاني ماسيجيء في الكتاب وعن الثالث أن قصـد اللعب بالكلام وترك ماوضع له من مكابرة العـقل واتباع الهوى فلا فرق بينهـما اهـ (أقول) في الجواب عن الاول وعن الثاني على الوجه المذكور بحث أيضا أما في الجواب عن الاول فلأن حاصـل ذلك الجواب بيان وجه عدم تنفيذ الكفارات والنذور الواقعة من السفيه وهذا لا يجدي شيأ في دفع البحث الاول لان حاصل ذلك البحث كما ترى نقض كلية قولهما أن كل تصرف يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه الحجر وما لا فلا بعدم تنفيذ القاضي تصرف السفيه في الكفارات والنذور مع عدم تأثير الهزل في شيء منهما فما ذكر في الجواب يقوي البحث فضلا عن أن يدفعه وأما في الجواب عن الثاني فلان ماسيجيء في الكتاب هو قول المصنف لان الحجر لمعنى النظر وذلك في رد العتق الا أنه متعذر فيجب رده برد القيمة كما في الحجر على المريض ولا يذهب عليك أن هذا أيضا لا يدفع نقض الكلية المعتبرة في أصلهما كما

بسبب السـفه بمنزلة الحجر بسبب الرق حتى لا ينفذ بعد الحجر شيء من تصرفاته الا الطلاق كالمرقوق ووجهه أن السـفه لا يزيل الخطاب ولا يخرجـه من أن يكون أهـلا لالتزامه العـقوبة باللسان باكتساب سببها أو بالاقرار بها بمنزلة الرق فكما أن بالرق لا ينفـذ شيء من تصرفاته سوى الطلاق فكذلك بعـد الحجر بسبب السـفه قلنا لا يجوز ان يجعل هـذا نظير الحجر بسبب الرق لان ذلك حجر لحق الغير في المحل الذي يلاقيه حتى ان فيما لا حق للغير فيه يكون نافذا كاقراره بالحـد والقصاص (قوله الا أنه لا تجب السعاية) مستثنى من قوله

(قوله وأعتق رقبة لم ينفذه القاضي) أقول أي لا يجعل اعتاقه عن كفارة يمينه لانه لا ينفذ اعتاقه أصلا فانه نافذ وتجب عليه السـعاية وعلى السـفيه الحانث الصوم كالمعسر اذا حنث في يمينه أو ظاهر عن امرأته (قوله والصحيح فيـه أن يقال لقصده اللعب به الخ) أقول فيه بحث اذ هذا المعنى لا يوجد في السفيه ولا بد من الاشتراك

لانه باق على ملكه) والباقي على ملك المولى لا يستوجب المولى عليه دينا (فان مات ولم يؤنس منه رشد يسعى في قيمته مدبرا لانه عتق وهو مدبر) والعتق بعد التدبير يوجب السعاية في قيمته مدبرا ألا ترى أن مصلحا لو دبر عبده في صحته ثم مات وعليه دين محيط بقيمته فعلى العبد أن يسعى في قيمته مدبرا للغرماء فانه قيل ينبغي أن يسعى في قيمته قنا لان العتق حصل بالتدبير السابق وهو في تلك الحالة يوجب السعاية قنا كما لو أعتقه وأجيب بان الاصل أن المعلق بالشرط ليس بسبب قبله الا أنه جعل ههنا سببا قبله ضرورة فلا تظهر سببيته في ايجاب السعاية عليه قنا وانما تظهر في حق المنع عن البيع وتعلق العتق بموته لان الثابت بالضرورة يتقدر بقدرها قيل سلمنا ذلك لكن يجب أن يسعى في ثلثي قيمته لان التدبير وصية وفيها يسعى العبد كذلك وأجيب بانه وصية من حيث النفاذ بعد الموت لا غير ألا ترى أن الرجوع في الوصية صحيح دون التدبير (ولو ولدت جاريته فادعاه ثبت نسبه منه وكان الولد حرا والجارية أم ولد له لاحتياجه الى ذلك لابقاء نسله) وابقاؤه من الحوائج الاصلية لما ذكر الانسان ببقاء الولد بعد موته فالحق السفيه بالمصلح في حق الاستيلاد فان مات بعد هذه الدعوة كانت الجارية حرة لا سبيل عليها لاحد وان مات مديونا (وان لم يكن معها ولد) أي ان لم يعلم لها ولد منه (وقال هذه أم ولدي كانت بمنزلة أم الولد) لان الدعوة حينئذ كانت دعوة تحرير (فلا يقدر على بيعها وان مات سعت في جميع قيمتها لانه كالاقرار بالحرية اذ ليس لها شهادة الولد) فصار كأنه قال أنت حرة فيمتنع بيعها وتسعى في قيمتها بعد موته (بخلاف الفصل الاول لان الولد شاهد لها) في ابطال حق الغير فكذ في دفع حكم الحجر عن تصرفه (ونظيره المريض اذا ادعى ولد جاريته على هذا التفصيل) يعني أن يكون معها ولد أو لم يكن الخ قال (وان تزوج امرأة جاز نكاحها) كلامه واضح وقوله (وصار كالمريض مرض الموت) يعني في لزوم كل واحد منهما مقدار مهر المثل وسقوط الزيادة الا أن الزيادة في المرض تعتبر من الثلث وههنا غير معتبرة أصلا وقوله (وكذا اذا تزوج بأربع نسوة) يعني يعتبر مهر المثل لا الزيادة سواء تزوج بهن في عقد واحد أو في كل يوم واحدة ثم طلقها وفعل ذلك مرارا فانه يصح تسميته في مقدار مهر المثل وتبطل الزيادة (لما بينا) يعني قوله لانه من ضرورات النكاح قال

لانه باق على ملكه واذا مات ولم يؤنس منه الرشد سعى في قيمته مدبرا لانه عتق بموته وهو مدبر فصار كما اذا أعتقه بعد التدبير (ولو جاءت جاريته بولد فادعاه يثبت نسبه منه وكان الولد حرا والجارية أم ولد له) لانه محتاج الى ذلك لابقاء نسله فالحق بالمصلح في حقه (وان لم يكن معها ولد وقال هذه أم ولدي كانت بمنزلة أم الولد لا يقدر على بيعها وان مات سعت في جميع قيمتها) لانه كالاقرار بالحرية اذ ليس لها شهادة الولد بخلاف الفصل الاول لان الولد شاهد لها ونظيره المريض اذا ادعى ولد جاريته فهو على هذا التفصيل قال (وان تزوج امرأة جاز نكاحها) لانه لا يؤثر فيه الهزل ولانه من حوائجه الاصلية (وان سمى لها مهرا جاز منه مقدار مهر مثلها) لانه من ضرورات النكاح (وبطل الفضل) لانه لا ضرورة فيه وهذا التزام بالتسمية ولا نظر له فيه فلم تصح الزيادة وصار كالمريض مرض الموت (ولو طلقها قبل الدخول بها وجب لها النصف في ماله) لان التسمية صحيحة الى مقدار مهر المثل (وكذا اذا تزوج بأربع نسوة أو كل يوم واحدة) لما بينا

هو حاصل البحث الثاني أيضا بل يقويه كما عرفت آنفا ثم ان بعض الفضلاء أورد على قول صاحب العناية في البحث الثالث والصحيح فيه أن يقال لقصده اللعب به دون ما وضع الكلام له حيث قال فيه بحث اذ هذا المعنى لا يوجد في السفيه ولا بد من الاشتراك اهـ (أقول) كأنه غلط في الاستخراج فتوهم أن الضمير المجرور في قوله والصحيح فيه راجع الى التعليل فاعترض أنه لا بد من تمام التعليل ههنا من الاشتراك في العلة وهذا المعنى يعني قصد اللعب دون ما وضع الكلام له لا يوجد في السفيه كما أن المعنى المذكور في الكتاب لا يوجد في الهازل

فيعتبر بحقيقته أي بحقيقة اعتاق المحجور بسبب السفه تجب السعاية ولا تجب السعاية على مدبره في التدبير ما دام المولى حيا لانه بعد صحة التدبير مال مملوك له يستخدمه ولا يمكن ايجاب نقصان التدبير عليه لانه لما بقي على ملكه والمولى لا يستوجب على ملكه دينا تعذر ايجاب نقصان التدبير عليه ألا ترى أنه لو دبر عبده بمال وقبل العبد صح التدبير ولا يجب المال (قوله ونظيره المريض اذا ادعى ولد جاريته فهو على هذا التفصيل) المريض المديون اذا ادعى ولد جاريته أي قال لامته هذه أم ولدي ان كان معها ولد لا تسعى في قيمتها للغرماء وان لم يكن معها سعت في جميع قيمتها للغرماء وهذا لانه اذا كان معها ولد فثبوت نسب الولد بمنزلة الشاهد لها في ابطال حق الغير فكذلك في دفع حكم الحجر عن تصرفه بخلاف ما اذا لم يكن معها ولد لانه لا شاهد لها هنا فاقراره لها بحق العتق بمنزلة اقراره بحقيقة الحرية فلا يقدر على بيعها بعد ذلك وتسعى في قيمتها بعد موته كما لو أعتقها (قوله أو كل يوم واحدة) يعني لو تزوج كل يوم واحدة ثم طلقها هكذا يفعل مرارا من غير حصر فانه يصح تسميته في مقدار مهر المثل وتبطل الزيادة (قوله لما بينا) اشارة الى قوله لانه من ضرورات

(قوله والباقي على ملك المولى لا يستوجب الخ) أقول ولا ينتقض بالمكاتب لكونه على خلاف القياس على ما مر تفصيله (قوله الا أنه جعل ههنا سببا قبله ضرورة) أقول أي ضرورة أن لا يقع السبب بعد زوال الاهلية فانها تزول بالموت (قوله لانه من ضرورات النكاح) أقول والظاهر أنه يشير به الى الدلائل السابقة لجواز النكاح وصحة تسميته مقدار مثل مهر المثل وبطلان الفضل

وبهذه المسئلة اعتضد أبو حنيفة رحمه الله على أنه لافائدة في الحجر عليه لانه لا يسد باب اتلاف المال عليه بهذا الطريق بل هذا أضرله من اتلافه بطريق الهبة اذ هو يكتسب المحمدة في البر والاحسان والمذمة في التزوج والطلاق قال صلى الله عليه وسلم لعن الله كل ذواق مطلاق قال (وتخرج الزكاة من مال السفيه) والاصل في هذه المسائل أن ما وجب عليه من أمر أوجبه الله تعالى كالزكاة وحجة الاسلام أو كان من حقوق الناس كنفقة من تجب نفقته عليه فهذا والمصلح فيه سواء لانه مخاطب وبالسفه لا يستحق النظر في اسقاط شئ من حقوق الشرع عنه ولا يبطل شيأ من حقوق الناس لكن لا يسمع قوله في القرابة حتى يقيم البينة عليها وعسرة القريب لان اقراره بذلك بمنزلة الاقرار بالدين على نفسه فلا يلزم اقراره شيأ الا في الولد فان الزوجين اذا تصادقا على النسب قبل قولهما لان كل واحد منهما في تصديق الآخر يقر على نفسه بالنسب والسفه

لايؤثر في منع الاقرار بالنسب لكونه من حوائجه لكن لابد من اثبات عسرة المقر له والاقرار بالزوجية صحيح ويجب مهر مثلها والنفقة (قوله وهذا) أي ماذكرناه مما أوجبه الله تعالى وما كان من حقوق الناس (بخلاف ما اذا حلف أو نذر أو ظاهر) يعني ما أوجبه على نفسه (حيث لا يلزمه المال بل يكفر يمينه وظهاره بصوم) لكل حنث ثلاثة أيام متتابعات وعن كل ظهار شهرين متتابعين وان كان مالكا للمال حال التكفير (لانه) أي كل واحد (مما يجب بفعله) اذا لسبب التزامه فيتمكن فيه معنى التبذير بفتح هذا الباب وتضييع فائدة الحجر فان قيل التكفير بالصوم مرتب على عدم استطاعة الرقبة فانى يصح مع القدرة عليها أجيب بان الاستطاعة منتفية لان دلائل الحجر توجب السعاية على من يعتقه السفيه كما تقدم ومع السعاية لا يقع العتق عن الظهار (قوله وان أراد حجة الاسلام) واضح وقوله (ولو أراد عمرة واحدة لم يمنع منها استحسانا) لذلك والقياس أن لا يعطى لها نفقة السفر لان العمرة عندنا تطوع كما لو أراد الخروج للحج تطوعا فان جنى جناية فان كانت مما يجزئ فيه الصوم فعليه الصوم ليس الا وان لم يكن ولزمه الدم يؤدى اذا أصلح

قال (وتخرج الزكاة من مال السفيه) لانها واجبة عليه (وينفق على أولاده وزوجته ومن يجب نفقته من ذوي أرحامه) لان احياء ولده وزوجته من حوائجه والانفاق على ذي الرحم واجب عليه لقرابته والسفه لا يبطل حقوق الناس الا أن القاضي يدفع قدر الزكاة اليه ليصرفها الى مصرفها لانه لابد من نيته لكونها عبادة لكن يبعث أمينا معه كي لا يصرفه في غير وجهه وفي النفقة يدفع الى أمينه ليصرفه لانه ليس بعبادة فلا يحتاج الى نيته وهذا بخلاف ما اذا حلف أو نذر أو ظاهر حيث لا يلزمه المال بل يكفر يمينه وظهاره بالصوم لانه مما يجب بفعله فلو فتحنا هذا الباب يبذر أمواله بهذا الطريق ولا كذلك ما يجب ابتداء بغير فعله قال (فان أراد حجة الاسلام لم يمنع منها) لانها واجبة عليه بايجاب الله تعالى من غير صنعه (ولا يسلم القاضي النفقة اليه ويسلمها الى ثقة من الحاج ينفقها عليه في طريق الحج) كي لا يتلفها في غير هذا الوجه (ولو أراد عمرة واحدة لم يمنع منها) استحسانا لاختلاف العلماء في وجوبها بخلاف ما زاد على مرة واحدة من الحج (ولا يمنع من القران) لانه لا يمنع من افراد السفر لكل واحد منهما فلا يمنع من الجمع بينهما (ولا يمنع من أن يسوق بدنة) تحرزا عن موضع الخلاف اذ عند عبد الله بن عمر رضي الله عنه لا يجزئه غيرها وهي جزور أو بقرة

على زعم صاحب البحث الثالث ولكن لا يخفى على الفطن أن الضمير المزبور راجع الى حق الهازل في قوله لا في حق الهازل فالمعنى والذي يصح في حق الهازل أن يقال لقصده اللعب به دون ما وضع الكلام له لا ماذكر في الكتاب فانه انما يصح في حق السفيه فقط فحينئذ لا يكون لبحث ذلك القائل وجه كما لا يخفى

النكاح وبهذه المسئلة احتج أبو حنيفة رحمه الله أنه لافائدة في الحجر عليه لانه لا ينسد باب اتلاف المال عليه فانه يتلف ماله بهذا الطريق بان يتزوج كل يوم امرأة ويطلقها فيجب عليه مقدار مهر مثلها فتأخذ المرأة منه ذلك المقدار جبرا فيتلف ماله بهذا الطريق اذا عجز عن اتلافه بطريق البيع والهبة بل هذا أضرله من اتلاف ماله بطريق الهبة اذ هو يكتسب المحمدة في البر والاحسان والمذمة في التزوج والطلاق قال عليه السلام لعن الله كل ذواق مطلاق (قوله بل يكفر يمينه وظهاره بالصوم) لان يده مقصورة عن ماله فهو بمنزلة ابن السبيل المنقطع عن ماله وبمنزلة من يكون له دين على انسان أو غصب غاصب من يده وهو ما كان يعطيه فله ان يكفر بالصوم (قوله ولو أراد عمرة واحدة لم يمنع منها) استحسانا وفي القياس لا يعطى له نفقة السفر لان العمرة عندنا تطوع فصار كما لو أراد الخروج للحج تطوعا بعدما حج حجة الاسلام وجه الاستحسان ان العلماء اختلفوا في فرضية العمرة فلا يمنع منها احتياطا (قوله ولا يمنع من أن يسوق بدنة تحرزا عن موضع الخلاف) القارن يلزمه هدي ويجزيه الشاة عندنا ولكن البدنة فيه أفضل وكان ابن عمر رضي الله

(قوله وبهذه المسئلة اعتضد أبو حنيفة) أقول قال الاتقاني لكنهما يقولان السفه ليس بمعتاد بهذا الطريق لان السفه المعتاد ما يحصل له نوع غرض صحيحا كان أو فاسدا وليس في الطلاق قبل الدخول على وجه لا يصل اليه لذة أو راحة غرض وبعد الدخول أن تحقق غرض لكنه محصور ولا يتصور فيه المجاوزة حده والسفه مجاوزة عن الحد في كل باب أو يقال بانه لا يمكن رده بقدر السفه لان طريق رده أن يلحقه بالهازل والهازل والجاد في هذا سواء انتهى وفيه تأمل (قوله قال عليه الصلاة والسلام لعن الله كل ذواق مطلاق) أقول لعسيلة النساء (قوله فلا يلزم اقراره شيأ الا في الولد الخ) أقول في غاية البيان ثم لا يصدق السفيه في اقراره بالنسب اذا كان رجلا الا في أربعة أشياء في الولد والوالد والزوجة والمولى

(فان مرض وأوصى) وقيد بالمرض باعتبار أن الوصية غالبا تكون فى المرض فان السفيه الصحيح اذا أوصى بوصية فحكمها حكم المريض والقياس ينفيها كما لو تبرع فى حياته واستحسنوا فيها اذا وافق الحق وما يتقرب به الى الله تعالى أن يكون من الثلث لان نظره فيه لان وجوبها بعد وقوع الاستغناء من المال فى أمر دنياه وحينئذ لا نظر له فى المانع وانما النظر له فى اكتساب الثناء الحسن بعد موته وفى تنفيذها ذلك (وقد ذكرنا من التفريعات أكثر من هذا فى كفاية المنتهى) فن ذلك ما قال ان الذى بلغ سفيها والصبي الذى لم يبلغ وهو يعقل ما يصنعه عندنا سواء الافى أربعة مواضع أحدها أنه يجوز للاب ولوصى الاب أن يتصرف على الصغير يشترى له مالا ويبيع ولا يجوز

قال (فان مرض وأوصى بوصايا فى القرب وأبواب الخير جاز ذلك فى ثلثه) لان نظره فيه اذ هى حالة انقطاعه عن أمواله والوصية تخلف ثناء أو ثوابا وقد ذكرنا من التفريعات أكثر من هذا فى كفاية المنتهى قال (ولا يحجر على الفاسق اذا كان مصلحا لماله عندنا والفسق الاصلى والطارئ سواء) وقال الشافعى يحجر عليه زجرا له وعقوبة عليه كما فى السفيه ولهذا لم يجعل أهلا للولاية والشهادة عنده ولنا قوله تعالى فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم الآية وقد أونس منه نوع رشد فتتناوله النكرة المطلقة ولان الفاسق من أهل الولاية عندنا لاسلامه فيكون واليا للتصرف وقد قررناه فيما تقدم ويحجر القاضى عندهما أيضا وهو قول الشافعى بسبب الغفلة وهو أن يغبن فى التجارات ولا يصبر عنها لسلامة قلبه لما فى الحجر من النظر له

(قوله ولنا قوله تعالى فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم الآية وقد أونس منه نوع رشد فتتناوله النكرة المطلقة) قال فى النهاية وفى المبسوط فقوله تعالى رشدا منكر فى موضع الاثبات والنكرة فى موضع الاثبات تخص ولا تعم فاذا أوجد رشد ما فقد وجد الشرط فيجب دفع المال اليه انتهى (أقول) تقرير دليل أئمتنا فى هذه المسئلة على الوجه المذكور فى الكتاب وفى المبسوط ينتقض بقول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله فى السفيه المصلح فى دينه دون ماله فانه يحجر عليه عندهما كما مر مع أنه قد أونس منه نوع رشد وهو الرشد فى دينه فتتناوله النكرة المطلقة فيجب أن يدفع اليه أيضا ماله والاظهر فى تقرير استدلال أئمتنا بالآية الكريمة المذكورة ماذكره صاحب الكفاية بعد ذكر ما فى الكتاب وشرحه على وفق ما فى المبسوط حيث قال ولان الرشد فى المال مراد بالاجماع فلا يكون الرشد فى الدين مرادا كى لا تعم النكرة المطلقة أولان الدفع متعلق بايناس رشد واحد لانه نكرة فى موضع الاثبات فلا يكون الرشد فى الدين مرادا لانه حينئذ يكون معلقا برشدين انتهى فتدبر (قوله ولان الفاسق من أهل الولاية عندنا لاسلامه فيكون واليا للتصرف) أقول يرد النقض بالسفيه المصلح فى دينه دون ماله على قولهما بالاحالة لان الاسلام فيه أيضا متحقق بل فيه أقوى فلزم أن يكون من أهل الولاية فينبغى أن يكون واليا للتصرف أيضا غير محجور عليه كما ذهب اليه أبو حنيفة رحمه الله (قوله ويحجر القاضى عندهما أيضا وهو قول الشافعى بسبب الغفلة وهو أن يغبن فى التجارات الخ) واعترض بانه خلاف ما ثبت عن النبى صلى الله عليه وسلم فانه ما حجر على حبان بن منقذ

عنه يقول لا يجزيه الابدنة وهى بقرة أو جزور فهو اذا ساق البدنة فقد قصد به التحرز عن موضع الخلاف وأخذ بالاحتياط فى أمر الدين وأراد أن فعله أقرب الى فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم فلا يمنع عنه (قوله وقد أونس منه نوع رشد) وهو الاصلاح فى المال فتتناوله النكرة المطلقة وهى فى قوله تعالى وان آنستم منهم رشدا والنكرة فى موضع الاثبات تخص واذا وجد رشد ما فقد وجد الشرط فيجب دفع المال اليه ولان الرشد فى المال مراد اجماعا فلا يكون الرشد فى الدين مرادا كيلا يعم النكرة المطلقة أولان الدفع معلق بايناس رشد واحد لانه نكرة فى موضع الاثبات فلا يكون الرشد فى الدين مرادا لانه حينئذ يكون معلقا برشدين (قوله بسبب الغفلة وهو أن يغبن فى التجارات) فان قيل ينبغى أن لا يحجر لان النبى صلى الله عليه وسلم ما حجر على حبان

تصرف الاب ولا وصى الاب على البالغ السفيه الا بامر الحاكم والثانى أنه يجوز نكاحه ولا يجوز نكاح الصبي العاقل والثالث أنه يجوز طلاقه وعتاقه ولا يجوز طلاق الصبي العاقل ولا عتاقه (والرابع أن الذى لم يبلغ اذا دبر عبده لا يصح تدبيره) وهذا السفيه اذا دبر عبده صح تدبيره (قوله ولا يحجر على الفاسق اذا كان مصلحا لماله عندنا والفسق الاصلى والطارئ سواء وقال الشافعى رحمه الله يحجر عليه) ومبنى هذا الاختلاف على أن الحجر عنده للزجر والعقوبة والفاسق مستحق لذلك فيحجر عليه وان كان مصلحا لماله وعندهما للنظر له فى ماله فاذا أصلح ماله لم يبق عليه حجر (وذلك لان الله تعالى قال فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم الآية) نكر الرشد وهو باطلاقه يتناول القليل منه والكثير ومن أصلح فى ماله فقد أونس منه رشد (ولانه أهل للولاية عندنا لاسلامه فيكون وليا للتصرف وقد قررناه فيما تقدم) يعنى فى أول كتاب النكاح (ويحجر القاضى عندهما أيضا وهو قول الشافعى على من ليس بسفيه لكنه متغفل) * (فصل يعنى فى التجارات (ولا يصبر عنها لسلامة قلبه لما فى الحجر من النظر له) واعترض بانه خلاف ما ثبت عن النبى صلى الله عليه وسلم فانه ما حجر على

العتاقة وان كانت المفسدة امرأة فانها تصدق فى ثلاثة أشياء بالولد والزوجية وموالى العتاقة انتهى فتنبه لما بينهما من المخالفة (قوله الافى أربعة مواضع) أقول يعنى سوى الوصية حيث علم حالها (قوله نكر الرشد وهو باطلاقه يتناول القليل منه والكثير) أقول وللخصم أن يمنع مستندا بانصراف المطلق الى الكامل (قوله ومن أصلح فى ماله الخ) أقول وكذا من أصلح دينه دون ماله كالمغفل فما ذكراه ينتقض به فتأمل

(فصل فى حد البلوغ) قال (بلوغ الغلام بالاحتلام والاحبال والانزال اذا وطئ فان لم يوجد ذلك فحتى يتم له ثمانى عشرة سنة و بلوغ الجارية بالحيض والاحتلام والحبل فان لم يوجد ذلك فحتى يتم لها سبع عشرة سنة وهذا عند أبى حنيفة وقالا اذا تم للغلام والجارية خمس عشرة سنة فقد بلغا وهو رواية عن أبى حنيفة وهو قول الشافعى وعنه فى الغلام تسع عشرة سنة وقيل المراد أن يطعن فى التاسع عشرة سنة و يتم له ثمانى عشرة سنة فلا اختلاف وقيل فيه اختلاف الرواية لانه ذكر فى بعض النسخ حتى يستكمل تسع عشرة سنة أما العلامة فلان البلوغ بالانزال حقيقة والحبل والاحبال لا يكون الامع الانزال وكذا الحيض فى أوان الحبل فجعل كل ذلك علامة البلوغ وأدنى المدة لذلك فى حق الغلام اثنتا عشرة سنة وفى حق الجارية تسع سنين وأما السن فلهم العادة الفاشية أن البلوغ لا يتأخر فيهما عن هذه المدة وله قوله تعالى حتى يبلغ أشده وأشد الصبي ثمانى عشرة سنة هكذا قاله ابن عباس وتابعه القتبى وهذا أقل ما قيل فيه فيبنى الحكم عليه للتيقن به غير أن الاناث نشوءهن

وكان يغبن فى التجارات بل قال له قل لا خلابة لى الخيار ثلاثة أيام فاثبت له البيع بشرط الخيار وما حجر وأجيب بان الحجر على المغفل ثبت بدلالة قوله تعالى ولا تؤتوا السفهاء أموالكم لما أنه يتلف الاموال كالسفيه فلا يعارضه خبر الواحد كذا ذكره تاج الشريعة قال صاحب العناية بعد ذكر الاعتراض والجواب ورد بان ذلك لمنع المال وليس النزاع فيه وانما النزاع فى الحجر انتهى وقال بعض الفضلاء ويجوز أن يقال يفهم منه الحجر أيضا بطريق الدلالة وان لم يفد المنع كما سبق من دليلهما اهـ (أقول) ويجوز أن يرد هذا أيضا بان الحجر أبلغ من منع المال فى العقوبة كما مر فى دليل أبى حنيفة على عدم الحجر على السفيه فانى يفهم من منع المال الحجر بطريق الدلالة وأن منع المال مفيد لان غالب السفه فى الهبات والصدقات وذلك يقف على اليد كما مر هذا أيضا فى دليله جوابا عن قولهما المنع لا يفيد بدون الحجر فيسقط قول ذلك القائل ههنا وان لم يفد المنع كما سبق من دليلهما وقال الشارح العينى بعد نقل ما ذكره تاج الشريعة وصاحب العناية قلت فيه نظر لان فى حديث حبان بن منقذ نوع حجر لانه عليه الصلاة والسلام أطلق له البيوع كلها بالخيار فصار كالمحجور فى البيوع المطلقة فافهم اهـ (أقول) ليس ما قاله بشئ اذ لا شك انه لا حجر فى الحديث المزبور على حبان فى شئ بل فيه ارشاده الى ما يليق بحاله من شرط الخيار فى البيع وقول الشارح المذكور فصار كالمحجور فى البيوع المطلقة يشعر باعترافه أيضا بانه لم يصر محجورا عليه حقيقة فى شئ فلا يجدى ما قاله شيأ ههنا ولو سلم دلالة الحديث على كونه محجورا عليه فى البيوع المطلقة أى فى البيوع التى لم يشترط فيها الخيار فلا نفع لها فى دفع مادة الاعتراض ههنا فان مذهب الامامين والشافعى أن يحجر القاضى على المغفل فى بيوعه مطلقا أى سواء شرط فيها الخيار أم لا فيرد عليه ان الحجر على المغفل فى بيوعه التى شرط فيها الخيار خلاف ما ثبت عن النبى صلى الله عليه وسلم فى حديث حبان بن منقذ

(فصل فى حد البلوغ) البلوغ فى اللغة الوصول وفى الاصطلاح انتهاء الصغر ولما كان الصغر أحد أسباب الحجر لم يكن بد من بيان انتهائه وهذا الفصل لبيان ذلك (قوله وهذا أقل ما قيل فيه فيبنى الحكم عليه للتيقن به) أقول يرد على قوله للتيقن به اعتراض قوى وهو أنه لا شك أن المتيقن به فى بلوغ الصبى رشده انما هو أكثر ما قيل فى أشده من المدد دون أقل ما قيل فيه منها لانه اذا بلغ الاكثر منها فقد بلغ الاقل منها دون العكس نعم وجود الاقل

ابن منقذ وكان يغبن فى التجارات قلنا الحاق المغفل فى التجارة بالسفيه بدلالة النص اذ الحكم فى السفيه ثابت بالنص وهو قوله تعالى ولا تؤتوا السفهاء أموالكم لم يعارضه خبر الواحد والله أعلم بالصواب

(فصل فى حد البلوغ) (قوله وقالا اذا تم للغلام والجارية خمس عشرة سنة فقد بلغا) وفى الكافى للعلامة النسفى والسن الذى يحكم ببلوغ الغلام والجارية اذا انتهيا اليه خمس عشرة سنة عند أبى يوسف ومحمد والشافعى رحمهم الله وهو رواية عن أبى حنيفة رحمه الله وعليه الفتوى (قوله وهذا أقل ما قيل فيه) أى فى الرشد وقيل اثنان وعشرون سنة وقيل خمس وعشرون سنة (قوله فيبنى الحكم عليه للتيقن به) فان قيل ينبغى

حبان بن منقذ وكان يغبن فى التجارات بل قال له صلى الله عليه وسلم قل لا خلابة ولى الخيار ثلاثة أيام وأجيب بان الحجر على المغفل ثبت بدلالة قوله تعالى ولا تؤتوا السفهاء أموالكم لما أنه يتلف الاموال كالسفيه فلا يعارضه خبر الواحد ورد بان ذلك لمنع المال وليس النزاع فيه وانما النزاع فى الحجر والله سبحانه وتعالى أعلم

(فصل فى حد البلوغ) البلوغ فى اللغة الوصول وفى الاصطلاح انتهاء حد الصغر ولما كان الصغر أحد أسباب الحجر وجب بيان انتهائه وهذا الفصل لبيان ذلك قال (بلوغ الغلام بالاحتلام الخ) الحلم بالضم ما يراه النائم يقال حلم واحتلم بلوغ الغلام بالاحتلام والاحبال والانزال اذا وطئ

(قوله ورد بان ذلك لمنع المال) أقول ويجوز أن يقال يفهم منه الحجر أيضا بطريق الدلالة وان لم يفد المنع

(فصل فى حد البلوغ) قال المصنف (فيبنى الحكم عليه المتيقن به) أقول فيه بحث

والاصل هو الانزال قال الله تعالى واذا بلغ الاطفال منكم الحلم فان لم يوجد شئ من ذلك فحتى يتم له ثمانى عشرة سنة و بلوغ الجارية بالحيض والاحتلام والحبل فان لم يوجد ذلك فحتى يتم لها سبع عشرة سنة عند أبى حنيفة رضى الله عنه وقالا اذا تم للغلام والجارية خمس عشرة سنة فقد بلغا وهو رواية عنه وهو قول الشافعى رحمه الله وكلامه ظاهر لا يحتاج الى شرح وانما قال وهذا أقل ما قيل فيه لان بعضهم قال اثنتان وعشرون سنة و بعضهم خمس وعشرون سنة وهو قول عمر رضى الله عنه (قوله واذا راهق الغلام أو الجارية) يقال رهقه أى دنى منه وصبى مراهق أى دان للحلم (وأشكل أمره فى البلوغ ولم يعلم ذلك الا منه فقال قد بلغت فالقول قولهما) ثم قيل انما يعتبر قوله بالبلوغ اذا بلغ اثنتى عشرة سنة أو أكثر ولا يقبل فيما دون ذلك لان الظاهر يكذبه وقد أشار الى ذلك بقوله (وأدنى المدة لذلك فى حق الغلام اثنتا عشرة سنة وفى حق الجارية تسع سنين) والله أعلم

(باب الحجر بسبب الدين)

الدين أيضا من أسباب الحجر عندهما لكن بشرط طلب الغرماء ذلك فكان بمنزلة المركب فلا جرم آثر تأخيره و ينبغى للقاضى أن يشهد أنه حجر عليه فى ماله احتياطا لنفى التجاحد ان وقع وان يبين أن الحجر كان بسبب الدين لانه مختص بالمال الموجود له فى الحال دون ما يحدث له بالكسب أو غيره حتى يعلم أنه لو تصرف فى الحادث نفذ وأن يبين من الحجر لاجله باسمه لانه يرتفع بابراء الغريم ووصول حقه اليه فيحتاج الى معرفته (وأبو حنيفة رحمه الله لا يجوزه فى

وادراكهن أسرع فنقصنا فى حقهن سنة لاشتمالها على الفصول الاربعة التى يوافق واحد منها المزاج لا محالة قال (واذا راهق الغلام أو الجارية الحلم وأشكل أمره فى البلوغ فقال قد بلغت فالقول قوله وأحكامه أحكام البالغين) لانه معنى لا يعرف الا من جهتهما ظاهرا فاذا أخبرا به ولم يكذبهما الظاهر قبل قولهما فيه كما يقبل قول المرأة فى الحيض

(باب الحجر بسبب الدين)

(قال أبو حنيفة لا أحجر فى الدين واذا وجبت ديون على رجل وطلب غرماؤه حبسه والحجر عليه لم أحجر عليه) لان

فى نفسه لا يستلزم وجود الاكثر بخلاف العكس لكن ليس الكلام ههنا فى وجود مدة فى نفسها بل فى كون تلك المدة أشد الصبى والمتيقن به فيه انما هو أكثر ما قيل فى أشده بلا ريب ثم انى لم أر أحدا من الشراح حام حول هذا الاشكال سوى تاج الشريعة وصاحب الكفاية فانهما قالا فان قيل ينبغى أن يقال بالاكثر لانه المتيقن اذ الادنى يكون فى الاكثر دون العكس قلنا أول الآية ولا تقربوا مال اليتيم الى قوله حتى يبلغ أشده والله تعالى مد الحكم الى غاية الاشد وأقل ما قيل فى تفسيره ثمانى عشرة وهو المتيقن اذ لو مد الى أقصاه لابد أن يمد الى ثمانى عشرة ولو مد اليها لا يكون ممتدا الى أقصاه فكانت ثمانى عشرة متيقنا فى كون الحكم ممتدا اليها فبنى الحكم عليه انتهى (أقول) فى الجواب نظر لان الاشد فى الآية الكريمة المذكورة منتهى الحكم السابق وغايته كما يدل عليه قطعا قوله تعالى حتى يبلغ أشده فبمجرد دخول مد الحكم السابق الى ثمانى عشرة فى مده الى أقصى ما قيل فى تفسير الاشد لا يلزم كون ثمانى عشرة منتهى الحكم السابق وغايته حتى يلزم كونها أشده فيما اذا مد الحكم الى أقصاه أيضا وانما يلزم وجودها فى نفسها فى ضمن وجود مدة أكثر منها فلم يكن متيقنا بها من حيث كونها الاشد بل من حيث وجودها فى نفسها والمطلوب ههنا هو الاول دون الثانى فلا يتم التقريب والحق فى أصل التعليل أن يقال وهذا أقل ما قيل فيه فيبنى الحكم عليه للاحتياط كما وقع فى الكافى والتبيين الا أنه قال فى الكافى بعد قوله للاحتياط ولانه متيقن به واما فى التبيين فقد اكتفى بقوله للاحتياط وهو الاصوب

(باب الحجر بسبب الدين)

تلقيب هذا الباب بالحجر بسبب الدين وما قبله بالحجر للفساد اما على قولهما فقط كما قالوا فى فصل تكبيرات التشريق من كتاب الصلاة وفى باب مقاسمة الجد من علم الفرائض لان أبا حنيفة لا يرى شيأ منهما واما على قولهم جميعا بناء على تعلق نظر كلهم بذلك اثباتا منهما ونفيا منه ثم ان الحجر بسبب الدين لما كان مشروطا بطلب الغرماء كان فيه وصف زائد فصار بالنظر الى ما قبله بمنزلة المركب من المفرد فلا جرم آثر تأخيره عنه (قوله قال أبو حنيفة رحمه الله لا أحجر فى الدين واذا وجب ديون على رجل وطلب غرماؤه حبسه والحجر عليه لم أحجر عليه لان

ان يقال بالاكثر لانه المتيقن اذ الادنى يكون فى الاكثر دون العكس قلنا أول الآية ولا تقربوا مال اليتيم ان الله مد الحكم الى غاية الاشد وأقل ما قيل فى تفسيره ثمانى عشرة سنة وهو المتيقن اذ لو مد الى أقصاه لابد وان يمتد الى ثمانى عشرة ولو مد اليها لا يكون ممتدا الى أقصاه فكانت ثمانى عشرة متيقنا فى كون الحكم ممتدا اليه فبنى الحكم عليه (قوله لاشتمالها على الفصول الاربعة التى يوافق واحد منها المزاج لا محالة) أى يزداد سنة فى حق الغلام ليوافق فصل من فصول السنة مزاجه فيقوى مزاجه (قوله واذا راهق الغلام والجارية) يقال رهقه أى دنا منه رهقا ومنه اذا صلى أحدكم الى سترة فليرهقها وصبى مراهق دان للحلم كذا فى المغرب والله أعلم بالصواب

(باب الحجر بسبب الدين)

فى الحجر اهدار أهليته فلا يجوز لدفع ضرر خاص (فان كان له مال لم يتصرف فيه الحاكم) لانه نوع حجر ولانه تجارة لا عن تراض فيكون باطلا بالنص

فى الحجر عليه اهدار أهليته فلا يجوز لدفع ضرر خاص) قال صاحب العناية فى هذا المقام وأبو حنيفة لا يجوزه لان فيه اهدار أهليته وذلك ضرر فوق ضرر المال فلا يترك الاعلى للادنى انتهى (أقول) لا يذهب عليك أن قوله فلا يترك الاعلى للادنى لا يناسب ماقبله من المقدمتين بل ينافيه فى الظاهر فكان حق العبارة أن يقال فلا يتحمل الاعلى لدفع الادنى كما قاله المصنف فى أوائل باب الحجر للفساد وأشار اليه ههنا بقوله فلا يجوز لدفع ضرر خاص وعن هذا قال بعض الفضلاء ولعل العبارة فلا يرتكب وقوله فلا يترك سهو من الناسخ انتهى * ثم أقول يمكن توجيه ما عليه النسخ الآن بوجوه الاول أن يحمل المراد بالاعلى فى قوله فلا يترك الاعلى للادنى على أهلية المديون لا على اهدار أهليته وبالادنى على المال نفسه لا على ضرره يرشد اليه أنه قال للادنى ولم يقل لدفع الادنى كما قاله المصنف ولا شك أن كون اهدار أهليته ضررا فوق ضرر المال انما هو بسبب كون أهليته أعلى أى أشرف وكون المال أدنى أى أخس فان ضرر فوت الاشرف فوق ضرر فوت الاخس لا محالة فان قلت المطابق لقوله فى السؤال الآتى وانما يكون الاول أعلى أن لو كانا فى شخص واحد أن يكون المراد بالاعلى اهدار الاهلية وبالادنى ضررا يقابله قلت تطبيق مافى الموضعين فى حيز المراد غير لازم فان علو نفس الاهلية شرفا وعلو اهدارها ضررا متلازمان وكذا دناءة نفس المال ودناءة ضرره فجاز أن يراد بالاعلى والادنى فى موضع نفس الاهلية ونفس المال وفى موضع آخر ضررهما ويحصل بهذا القدر ماهو المقصود فى كل من الموضعين كما لا يخفى على المتأمل والثانى أن يحمل الترك المنفى فى قوله فلا يترك على معنى الابقاء فيكون معنى قوله فلا يترك الاعلى للادنى فلا يبقى الضرر الاعلى لاجل الضرر الادنى أى لاجل دفعه ومجىء الترك بمعنى الابقاء واقع فى التنزيل كقوله جل اسمه وتركنا عليه فى الآخرين أى أبقينا نص عليه فى القاموس وشائع فى كلام المصنفين حيث يقولون ترك على حاله ووقع فى كلام المصنف أيضا فى هذا الباب حيث قال ويترك عليه دست من ثياب بدنه ويباع الباقى فان قلت معنى الابقاء لا يناسب هذا المحل لان المتبادر من نفى ابقاء اهدار الاهلية تحقق اهدارها أولا اذ البقاء فرع التحقق ومذهب أبى حنيفة أن لا يجوز اهدار أهلية الانسان رأسا لان فيه الحاقه بالبهائم قلت لا نسلم تبادر ذلك فى صورة النفى وكون البقاء فرع التحقق انما هو فى الثبوت ولئن سلم ذلك فيمكن أن يلتزم الحمل على خلاف المتبادر من ظاهر اللفظ بقرينة المقام والثالث أن تحمل كلمة لا فى قوله فلا يترك على الزائدة كما فى قوله تعالى لئلا يعلم أهل الكتاب وفى قوله تعالى لا أقسم بهذا البلد وغيرهما من الامثلة فان قلت قد عينت مواقع زيادة لا فى أكثر كتب النحو أحدها مع الواو بعد النفى وثانيها بعد أن المصدرية وثالثها قبل القسم على قلة ورابعها مع المضاف على الشذوذ وما نحن فيه ليس منها فى شئ قلت ذكر ابن هشام فى مغنى اللبيب وقوع لا الزائدة فى مواضع من التنزيل وعد منها قوله تعالى وما يشعركم أنها اذا جاءت لا يؤمنون فيمن فتح الهمزة وقال فقال قوم منهم الخليل والفارسى لا زائدة والا لكان عذرا للكفار وعد منها أيضا قوله تعالى وحرام على قرية أهلكناها أنهم لا يرجعون وقال فقيل لا زائدة والمعنى ممتنع على أهل قرية قدرنا اهلاكهم لكفرهم أنهم يرجعون عن الكفر الى قيام الساعة اه ولا يخفى أن هذين الموضعين ليسا من المواقع الاربعة المعينة وهو وانفقين لما نحن فيه فكفى بهما ماحة لهذا الوجه من التوجيه فان قلت لا ينتظم حينئذ آخر الكلام وهو قوله للادنى اذ لا معنى لان يقال نترك الضرر الاعلى للضرر الادنى فان ترك الضرر الاعلى ليس للضرر الادنى بل لكونه أشد وأقبح منه ثم ان هذا اذا لم يكن معنى قوله للادنى لدفع الادنى وأما اذا كان معناه ذلك كما هو الظاهر ففساد المعنى أظهر اذ يصير المعنى اذ ذاك فيترك الضرر الاعلى لدفع الضرر الادنى فيلزم أن لا يتحمل شئ من الضررين وليس كذلك قطعا قلت يمكن نظم ذلك بان يحمل اللام فى قوله للادنى على معنى عند فيكون معنى الكلام فيترك الضرر الاعلى عند تيسر الضرر الادنى لوجوب اختيار أهون الشرين وهذا معنى مستقيم كما ترى ومجىء اللام بمعنى عند قد ذكره ابن هشام فى مغنى اللبيب ومثله بقولهم كتبته لخمس خلون وقال وجعل منه

لان فيه اهدار أهليته) وذلك ضرر فوق ضرر المال فلا يترك الاعلى للادنى فان قيل اهدار الاهلية ضرر يلحق المديون وترك الحجر ضرر يلحق الدائن وانما يكون الاول أعلى أن لو كانا فى شخص واحد فالجواب أن ضرر الدائن يندفع بالحبس لا محالة والحبس ضرر يلحق المديون مجازاة شرعا ولو لم يكن أعلى ما اندفع به ضرر الدائن واهدار الاهلية أعلى من الحبس فيكون أعلى من ضرر الدائن واذا كان كذلك (فان كان له مال لم يتصرف فيه الحاكم لانه نوع حجر ولانه تجارة لا عن تراض فيكون باطلا بالنص

(قوله فلا يترك الاعلى للادنى) أقول فيه بحث ولعل العبارة فلا يرتكب وقوله فلا يترك سهو من الناسخ (قوله وانما يكون الاول أعلى الخ) أقول فى الحصر بحث (قوله ولو لم يكن أعلى) أقول من ضرر الدائن (قوله واهدار الاهلية أعلى الخ) أقول فيه بحث قال المصنف (ولانه تجارة لا عن تراض الخ) أقول قال الله تعالى ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض

ابن جنى قراءة قوله تعالى بل كذبوا بالحق لما جاءهم بكسر اللام وتخفيف الميم اهـ والانصاف ان هذا الوجه أبعد الوجوه التى ذكرنا التوجيه كلام صاحب العناية ههنا لكن مقصودنا بيان جملة ما لوحظ من الاحتمالات فى توجيه كلامه بحسب الامكان على القواعد العقلية والنقلية ثم قال صاحب العناية فان قيل اهدار الاهلية ضرر يلحق المديون وترك الحجر ضرر يلحق الدائن وانما يكون الاول أعلى لو كانا فى شخص واحد فالجواب أن ضرر الدائن يندفع بالحبس لامحالة والحبس ضرر يلحق المديون مجازاة شرعا ولو لم يكن أعلى مما اندفع به ضرر الدائن واهدار الاهلية أعلى من الحبس فيكون أعلى من ضرر الدائن اهـ كلامه (أقول) حاصل السؤال منع كون اهدار أهلية المديون أعلى ضررا من ضرر الدائن مستندا بكونهما فى شخصين دون شخص واحد وحاصل الجواب اثبات المقدمة الممنوعة بطريق قياس المساواة بحيث يظهر منه بطلان السند أيضا تقريره ان اهدار الاهلية أعلى ضررا من الحبس والحبس أعلى ضررا من ضرر الدائن ينتج ان اهدار الاهلية أعلى ضررا من ضرر الدائن بملاحظة مقدمة مقررة وهى أن الاعلى من الاعلى من الشئ أعلى من ذلك الشئ ولاشك ان هذا القياس يقتضى كون اهدار الاهلية أعلى ضررا من ضرر الدائن وان كانا فى شخصين فسقط المنع وبطل السند ولكن لما كان فى المقدمة الثانية من القياس المزبور وهى قولنا والحبس أعلى ضررا من ضرر الدائن نوع خفاء بينها الشارح المذكور أولا بما حاصله ان ضرر الدائن يندفع بالحبس ولو لم يكن الحبس أعلى ضررا من ضرر الدائن لما اندفع هذا بذاك ثم ذكر المقدمة الاولى والنتيجة لظهورهما بلا بيان * ثم أقول فى الجواب بحث أما أولا فلان قوله ان ضرر الدائن يندفع بالحبس لامحالة فى حيز المنع لجواز أن يختار المديون الحبس أبدا ولا يوفى حق الدائن فلا يندفع حينئذ ضرر الدائن وأما ثانيا فلان الحبس لو كان أعلى ضررا من ضرر الدائن لما أجاز الحبس عند أبى حنيفة رحمه الله بناء على مقتضى قوله لا يتحمل الضرر الاعلى لدفع الضرر الادنى كما هو الاساس فى اثبات مذهبه فى هذه المسئلة مع ان الحبس جائز بالاجماع ومتعين عند أبى حنيفة ويمكن أن يجاب عن الاول بان اختيار المديون الحبس الابدى مع قدرته على أداء الدين بعيد جدا غير واقع فى العادة الا بغاية الندرة ومبنى الاحكام الشرعية على الغالب الاكثر وعن الثانى بان الحبس ليس لمجرد دفع ضرر المال عن الدائن بل هو مع ذلك جزاء لظلم المديون الدائن بالمماطلة وقد صرح المصنف فى فصل الحبس من كتاب القضاء بكون الحبس من جزاء المماطلة حيث قال واذا ثبت الحق عند القاضى وطلب صاحب الحق حبس غريمه لم يعجل بحبسه وأمره بدفع ما عليه لان الحبس جزاء المماطلة فلابد من ظهورها واو أشار اليه الشارح المذكور فى أثناء الجواب المزبور بقوله والحبس ضرر يلحق المديون مجازاة شرعا ولعل قصده الاشارة اليه كان باعثا على ذكره هذه المقدمة أثناء الجواب والا فلا مدخل لها أصلا فى اثبات المقدمة الممنوعة فى السؤال كما ظهر من تقريرنا السابق فاذا كان كذلك فاختيار الحبس للمجازاة الشرعية مع اندفاع ضرر المال عن الدائن به أيضا لا لمجرد دفع هذا الضرر الذى هو أدنى من ضرر الحبس حتى ينتقض به قول أبى حنيفة لا يتحمل الاعلى لدفع الادنى فان قلت هب أن الحبس ليس لمجرد دفع ضرر المال عن الدائن بل له ولجزاء ظلم المماطلة معا لكن يندفع به ظلم المماطلة أيضا كما يفصح عنه قول المصنف فيما بعد ولكن يحبسه أبدا حتى يبيعه فى دينه ايفاء لحق الغرماء ودفعا لظلمه اهـ فبقياس المقدمة المذكورة فى الجواب القائلة ولو لم يكن أعلى مما اندفع به ضرر الدائن يقال ولو لم يكن الحبس أعلى من ظلم المماطلة لما اندفع به ذلك الظلم فيلزم أن يكون الحبس أعلى من ظلم المماطلة أيضا فيعود انتقاض قوله لا يتحمل الاعلى لدفع الادنى بالحبس قلت المندفع بالحبس ظلمه الآتى وهو المراد بقول المصنف فيما بعد دفعا لظلمه لا ظلمه الماضى اذ لا احتمال لدفع ما تحقق فيما مضى من المماطلة لانه عرض لا يبقى والذى جعل الحبس جزاء له انما هو ظلمه الماضى واختيار الحبس لمجازاة ظلمه الماضى مع دفع ظلمه الآتى ودفع ضرر المال عن الدائن أيضا فلا يتمشى النقض بالنظر الى مجازاة ظلمه الماضى كما لا يخفى ولئن سلم كون الحبس أعلى من ظلمه مطلقا ومن ضرر الدائن فنقول ان قوله لا يتحمل الاعلى لدفع الادنى قول على موجب القياس والحبس قد ثبت بالنص من كتاب وسنة على ما صرحوا به فى فصله وفصلوه فيترك به القياس بخلاف الحجر بسبب الدين فانه لم

ولكن

(ولكن يحبسه أبدا حتى يبيعه فى دينه) ايفاء لحق الغرماء ودفعا الظلمه (وقالا اذا طلب غرماء المفلس الحجر عليه حجر القاضى عليه

يثبت بنص فيجرى فيه القياس ويسقط النقض بالحبس قطعا لا يقال الحجر بسبب الدين أيضا ثبت بالنص وهو ماروى ان معاذا ركبته ديون فباع رسول الله صلى الله عليه وسلم ماله وقسم ثمنه بين غرمائه بالحصص كما ذكر فى البدائع والتبيين وبعض شروح هذا الكتاب دليلا على قول الامامين فى هذه المسئلة لانا نقول أجابوا عنه فى تلك الكتب أيضا من قبل أبى حنيفة بان بيع النبى صلى الله عليه وسلم مال معاذ كان باذنه استعان بالنبى عليه الصلاة والسلام وقالوا والدليل عليه أن بيع ماله لا يجوز حتى يامره ويابى ولا يظن بمعاذ رضى الله عنه أن يخالف أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال فى البدائع مع ماروى أنه طلب من رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يبيع ماله لينال بركته فيصير دينه مقضيا ببركته اه فظهر أنه لا نص يدل على جواز الحجر بسبب الدين وتعين أن المدار فيه هو القياس وتحقيق هذا المقام على هذا المنوال من الاسرار التى وفقت لها بتوفيق الله تعالى ثم ان من العجائب ههنا أنى قد ابتليت فى زمان من الازمان بان أمتحن مع بعض من عد من الاهالى والاعيان لاجل بعض من المدارس فى يوم واحد من كتب ثلاثة الهداية وشرح المواقف وشرح المفتاح فاتفق أن يقع البحث من هذا الكتاب من أول هذا الباب فكان استخراج بعض من أصحاب الامتحان فى هذا المقام على أن تكون كلمة لو فى قول صاحب العناية فى الجواب ولو لم يكن أعلى ما اندفع به سرر الدائن وصلة تفعل كلمة أعلى مضافة الى كلمة ما وجعل كلمة ما موصوله فبنى على هذا الاستخراج خرافات من الاوهام فلما عرض ذلك على الصدرين الذين كانا حكمين فى ذلك الامتحان بينا بطلانه وشنعا عليه جدا ومع ذلك لم يرجع عن رأيه الباطل بل أصر عليه وراجع بعض الوزراء واستعان بشهادة بعض من جهلة المدرسين بالمدارس العالية فوقع النزاع وشاع الامر حتى كادت تقع فتنة عظيمة ولله در من قال رحم الله امرأ عرف قدره فلم يتعد طوره (قوله ولكن يحبسه أبدا حتى يبيعه فى دينه) أقول ردعلى ظاهر عبارة المصنف ههنا ما أورد صاحب العناية على نظيرها فى أوائل باب الحجر للفساد بان قال تسامح عبارته فى الجمع بين الابد وحتى ظاهر ويمكن توجيه عبارته ههنا أيضا بما وجهنا به عبارته هنالك من حمل الابد على الزمان الطويل الممتد ويمكن ههنا توجيه آخر وهو أن تكون كلمة حتى ههنا بمعنى كى دون الى فيصير معنى الكلام ولكن يحبسه أبدا ليكون سببا لبيعه فلا مسامحة فى الجمع أصلا اذ المسامحة انما هى فى الجمع بين الابد وحتى بمعنى الانتهاء دون السببية كما لا يخفى نعم لا يقصد بالابد معنى الدوام البتة ولكنه أمر آخر وراء المسامحة فى الجمع تأمل تقف (قوله وقالا اذا طلب غرماء المفلس الحجر عليه حجر القاضى عليه) أقول لقائل أن يقول لا يجب أن يكون المحجور عليه مفلسا بل يجوز الحجر على الغنى أيضا عندهما انظار الغرمائه بل الحجر بسبب الدين انما يفيد فائدته فى حق الغنى دون المفلس كما لا يخفى على الفطن فذكر المفلس فى وضع المسئلة يخل بحق لا يقال قد ذكر فى النهاية وغيرها نقلا عن الذخيرة أن من مشايخنا من قال مسئلة الحجر بسبب الدين بناء على مسئلة القضاء بالافلاس حتى لو حجر عليه ابتداء من غير أن يقضى عليه بالافلاس لا يصح حجره بلا خلاف والافلاس عندهما يتحقق فى حالة الحياة فيمكن للقاضى القضاء بالافلاس وبالحجر بناء عليه وعند أبى حنيفة رحمه الله الافلاس فى حال الحياة لا يتحقق فلا يمكنه القضاء بالافلاس أولا وبالحجر بناء عليه ومنهم من جعل هذه المسئلة مسئلة مبتدأة فعلى هذا القول المانع من الحجر عند أبى حنيفة كون الحجر متضمنا الحاق الضرر بالمحجور ولا تعلق له بالقضاء بالافلاس اه فيجوز أن يكون ذكر المفلس فى وضع المسئلة فى الكتاب بناء على اختيار قول من قال مسئلة الحجر بسبب الدين بناء على مسئلة القضاء بالافلاس لانا نقول ما ذكر فى الكتاب فى تضاعيف بيان المذهبين فى هذه المسئلة وتقرير دليلهما كقوله فى مذهب أبى حنيفة وان كان له مال لم يتصرف فيه الحاكم لانه نوع حجر وقوله فى مذهبهما لانه عساه يلجئ ماله فيفوت حقهم وقوله فيه أيضا وباع ماله ان امتنع المفلس من بيعه وقسمه بين غرمائه بالحصص يدل قطعا على أن ليس مدار ما فى الكتاب على اختيار

ولكن يحبسه حتى يبيعه فى دينه ايفاء لحق الغرماء ودفعا لظلمه وقال اذا طلب غرماء المفلس الحجر عليه حجر القاضى عليه

قال المصنف (ولكن يحبسه أبدا حتى يبيعه) أقول فان قيل الحبس أيضا بعدم الرضا كما سبق فى الاكراه فلا يصح البيع قلنا الحبس لقضاء الدين بما يختاره من الطريق فلا يكون اكراها على البيع فليتأمل قال المصنف (ودفعا لظلمه) أقول فان قضاء الدين واجب عليه والمماطلة ظلم

ومنعه من البيع والتصرف والاقرار حتى لا يضر بالغرماء) لان الحجر على السفيه انما جوزاه نظرا له وفي هذا الحجر نظر للغرماء لانه عساه يلجئ ماله فيفوت حقهم ومعنى قولهما ومنعه من البيع أن يكون بأقل من ثمن المثل أما البيع بثمن المثل لا يبطل حق الغرماء والمنع لحقهم فلا يمنع منه قال (وباع ماله ان امتنع المفلس من بيعه وقسمه بين غرمائه بالحصص عندهما) لان البيع مستحق عليه لايفاء دينه حتى يحبس لاجله فاذا امتنع ناب القاضي منابه كما في الجب والعنة قلنا التلجئة موهومة والمستحق قضاء الدين والبيع ليس بطريق متعين لذلك بخلاف الجب والعنة والحبس لقضاء الدين بما يختاره من الطريق

قول من قال مسئلة الحجر بناء على مسئلة القضاء بالافلاس اذ القضاء بالافلاس لا يتصور رفعها اذا ظهر ماله وثالث الاقوال المذكورة في الكتاب صريحة في ظهور ماله بل مدار ما في الكتاب على اختيار قول من جعل هذه المسئلة مسئلة مبتدأة غير مبنية على مسئلة القضاء بالافلاس كما لا يخفى فالجواب أن يقال ليس المراد بالمفلس في قوله اذا طلب غرماء المفلس الحجر عليه معناه الحقيقي بل المراد به اما من يدعي الافلاس فيتناول الغني أيضا اذ الظاهر ان المديون الذي لا يؤدي دينه يدعي الافلاس وان كان غنيا في نفسه واما من حاله حال المفلس ولا شك أن الغني الذي لا يؤدي دينه حاله في عدم أداء الدين حال المفلس فلا يلزم تخصيص المسئلة بما هو مفلس حقيقة (قوله ويمنعه من البيع والتصرف والاقرار حتى لا يضر بالغرماء) أقول وجه ذكر التصرف المطلق بين البيع والاقرار مع أنهما من جنس التصرف أيضا غير واضح والعهدة في ذلك على القدوري لان هذه العبارة عبارة القدوري والمصنف معبر عنه ولكنه لو أصلحها بتصرف لكان أصلح كما لا يخفى

(قوله لانه عساه يلجئ ماله) بان يواضع أحدا على أن يقر له بالمال عند الناس ولا يطالبه ذلك الرجل بالمال فيفوت حق الغرماء أو يبيع ماله تلجئة من عظيم لا يمكن الانتزاع من يده (قوله كما في الجب والعنة) المجبوب اذا أبى أن يفارق امرأته ناب القاضي منابه في التفريق والعنين بعد مضي المدة اذا أبى أن يفارق امرأته ناب القاضي منابه أيضا في التفريق (قوله والحبس لقضاء الدين الى آخره) هذا جواب عما قالا البيع مستحق عليه حتى يحبس لاجله فاجاب ان الحبس لقضاء الدين باي طريق شاء وأراد لا لاجل البيع كما زعما كيف ولو صح البيع من القاضي مال المديون لكان الحبس اضرارا في الدائن بتأخير حقه الى زمان تحقق امتناع المديون عن البيع وفي حق المديون بتعذيب الحبس فوجب أن لا يكون مشروعا اذ حبس المديون ما شرع الا لنفع الدائن والحبس مشروع اجماعا فدل ذلك على أنه ليس للقاضي ولاية البيع وهذا لا ينقلب لان حبس المديون على اعتبار عدم ولاية البيع للقاضي لا يشتمل على ضرر الدائن بتأخير حقه لان للمديون ولاية البيع في كل لحظة بخلاف القاضي وفي الذخيرة فمن مشايخنا من قال مسئلة الحجر بسبب الدين بناء على مسئلة القضاء بالافلاس لان من شرط صحة الحجر على المديون القضاء بافلاسه أولا ثم الحجر بناء عليه حتى لو حجر عليه ابتداء من غير أن يكون قضى عليه بالافلاس لا يصح حجره بلا خلاف والافلاس عندهما يتحقق في حالة الحياة فيمكن للقاضي القضاء بالافلاس و بالحجر بناء عليه وعند أبي حنيفة رحمه الله الافلاس في حالة الحياة لا يتحقق فلا يمكنه القضاء بالافلاس أولا و بالحجر بناء عليه ومنهم من جعل المسئلة مسئلة مبتدأة فعلى هذا القول المانع من الحجر عند أبي حنيفة رحمه الله كون الحجر متضمنا لالحاق الضرر بالمحجور ولا تعلق له بالقضاء بالافلاس والدليل لابي حنيفة رحمه الله أيضا في اثبات مذهبه قوله تعالى لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم و بيع المال على المديون بغير رضاه ليس بتجارة عن تراض وقال عليه السلام لا يحل مال امرئ الا بطيبة نفس منه ونفسه لا تطيب ببيع القاضي ماله عليه فلا ينبغي له أن يفعل عملا بهذا الظاهر والمعنى فيه أن بيع المال غير مستحق عليه فلا يكون للقاضي أن يباشر ذلك عند امتناعه كما أن القاضي لا يؤاجره ليقضي دينه من أجرته وكذلك اذا وجب الدين على المرأة فان القاضي لا

ومنعها لتصرفات (وكلامه ظاهر ومعنى قوله بأقل من ثمن المثل أن يبيع بالغبن يسيرا كان أو فاحشا وقوله (التلجئة موهومة) لانه احتمال مرجوح فلا يهدر به أهلية الانسان ولا يرتكب البيع بلا تراض وقوله (والبيع ليس بطريق متعين لذلك) لانه يمكنه الايفاء بالاستقراض والاستيهاب والسؤال من الناس فلا يجوز للقاضي تعيين هذه الجهة عليه (بخلاف الجب والعنة) فان التفريق هناك متعين لانه لما لم يمكنه الامساك بالمعروف تعين عليه التسريح بالاحسان فلما امتنع عن التسريح بالاحسان مع عجزه عن الامساك بالمعروف ناب القاضي منابه في التفريق (قوله والحبس لقضاء الدين)

قال المصنف (والحبس لقضاء الدين بما يختاره من الطريق) أقول لكنه يخالف لما سبق آنفا من قوله ولكن يحبسه حتى يبيعه في

كيف ولو صح البيع كان الحبس اضرارا بهما بتأخير حق الدائن وتعذيب المديون فلا يكون مشروعا قال (وان كان دينه دراهم وله دراهم قضى القاضي بغير أمره) وهذا بالاجماع لان للدائن حق الاخذ من غير رضاه فللقاضي أن يعينه (وان كان دينه دراهم وله دنانير أو على ضد ذلك باعها القاضي في دينه) وهذا عند أبي حنيفة استحسان والقياس أن لا يبيعه كما في العروض ولهذا لم يكن لصاحب الدين أن يأخذه جبرا وجه الاستحسان أنهما متحدان في الثمنية والمالية مختلفان في الصورة فبالنظر الى الاتحاد يثبت للقاضي ولاية التصرف وبالنظر الى الاختلاف يسلب عن الدائن ولاية الاخذ عملا بالشبهين بخلاف العروض لان الغرض يتعلق بصورها وأعيانها أما النقود فوسائل فافترقا (ويباع في الدين النقود ثم العروض ثم العقار يبدأ بالايسر فالايسر) لما فيه من المسارعة وقيل دستان وهو اختيار الى قضاء الدين مع مراعاة جانب المديون (ويترك عليه دست من ثياب بدنه ويباع الباقي) لان به كفاية شمس الائمة الحلواني لانه اذا غسل ثيابه لابد له من ملبس قال (فان أقر في حال الحجر باقرار لزمه ذلك بعد قضاء الديون) لانه تعلق بهذا المال حق الاولين فلا يتمكن من ابطال حقهم بالاقرار لغيرهم بخلاف الاستهلاك لانه مشاهد لامرد له (ولو استفاد مالا آخر بعد الحجر نفذ اقراره فيه) لان حقهم لم يتعلق به لعدمه وقت الحجر قال (وينفق على المفلس من ماله وعلى زوجته وولده الصغار وذوي أرحامه ممن يجب نفقته عليه) لان حاجته الاصلية مقدمة على حق الغرماء ولانه حق ثابت لغيره فلا يبطله الحجر ولهذا لو تزوج امرأة

(قوله وهذا عند أبي حنيفة استحسانا) قال كثير من الشراح انما خص أبا حنيفة بالذكر وان كان هذا بالاجماع لان الشبهة ترد على قوله لانه كان لا يجوز بيع القاضي على المديون في العروض وكان ينبغي أن لا يجوز في النقدين أيضا لانه نوع من البيع وهو بيع الصرف اهـ أقول ما ذكروه انما يتم أن لو كان عبارة المصنف وهذا عند أبي حنيفة بدون ذكر قوله استحسانا وأما عند ذكر قيد الاستحسان كما هو الواقع في كلام المصنف فقد كان ذلك مخصوصا بابي حنيفة رحمه الله في الحقيقة فان كون جواز بيع النقدين بطريق الاستحسان دون القياس انما هو قول أبي حنيفة فقط وأما عندهما فيجوز بيع النقدين بطريق القياس فلا احتياج الى الاعتذار تدبر (قوله بخلاف الاستهلاك) قال جماعة من الشراح قوله بخلاف الاستهلاك متعلق بقوله لزمه ذلك بعد قضاء الديون يعني أنه اذا استهلك مال الغير في حالة الحجر يؤاخذ بضمانه قبل قضاء الديون فكان المتلف عليه أسوة لسائر الغرماء اهـ كلامهم (أقول) في تفسيرهم نوع خلل اذ في صورة استهلاك مال الغير ليست المؤاخذة بضمانه متقدمة على قضاء الديون كما يوهمه قولهم يؤاخذ بضمانه قبل قضاء الديون بل المؤاخذة بذلك مع قضاء الديون بمرتبة واحدة نعم قولهم فكان المتلف عليه أسوة لسائر الغرماء صريح في كون المجموع بمرتبة واحدة لكن الكلام في استدراك أول كلامهم بل اختلاله فالاظهر الاخصر ما ذكره صاحب معراج الدراية حيث قال في شرح قول المصنف بخلاف الاستهلاك حيث يصير المتلف عليه أسوة للغرماء بلا خلاف اهـ أو ما ذكره صاحب غاية البيان حيث قال في شرح ذلك حيث يلزمه ضمانه في الحال ويكون المتلف عليه أسوة لسائر الغرماء اهـ (قوله وينفق على المفلس من ماله وعلى زوجته وولده الصغار) أقول ليس المفلس ههنا على

تزوجها ليقضي الدين من صداقها (قوله بخلاف) متعلق بقوله لزمه ذلك بعد قضاء الديون يعني أنه اذا استهلك مال الغير في حال الحجر يؤاخذ بضمانه قبل قضاء الديون فكان المتلف عليه أسوة لسائر الغرماء لانه مشاهد لامرد له بخلاف الاقرار فان سببه محتمل وذكر في حجر الذخيرة ولو كان سبب وجوب الدين ثابتا عند القاضي بعلمه أو بشهادة شهدوا على الاستقراض أو الشراء بمثل القيمة شارك هؤلاء الغرماء غريمه الذي له الدين قبل الحجر

جواب عن قولهما حتى يحبس برفع السين لاجله أي لاجل البيع وتقريره سلمنا لزوم الحبس لكنه ليس لاجل البيع بل لقضاء الدين باختياره من الطريق الذي ذكرناه من الاستقراض والاستيهاب وسؤال الصدقة وبيع ماله بنفسه (قوله كيف) أي كيف صح البيع (ولو صح البيع كان الحبس ظلما لانه اضرار بهما بتأخير حق الدائن وتعذيب المديون فلم يكن مشروعا) ولكنه مشروع بالاجماع فلم يصح البيع (قوله وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله) وانما خصه بالذكر وان كان هذا بالاجماع لان الشبهة ترد على قوله لانه كان لا يجوز بيع القاضي على المديون في العروض وكان ينبغي أن لا يجوز في النقدين أيضا لانه نوع من البيع وهو بيع الصرف (قوله عملا بالشبهين) قيل انما لم يعكس حيث لم يجعل للغريم ولاية الاخذ نظرا الى الاتحاد لانه يلزم ترك أحد الشبهين لان ولاية القاضي أعم وأقوى فلو ثبت للغريم ولاية الاخذ مع قصوره لثبت للقاضي لقوته وقوله (ويباع في الدين النقود) حاصله أن القاضي نصب ناظرا فينبغي أن ينظر للمديون كما ينظر للغرماء فيبيع ما كان أنظر له وقوله (بخلاف الاستهلاك) متعلق بقوله لزمه ذلك بعد قضاء الديون يعني اذا استهلك مال الغير في حالة الحجر يؤاخذ بضمانه قبل قضاء الديون فكان المتلف عليه أسوة لسائر الغرماء (لانه مشاهد لامرد له) بخلاف الاقرار فان سببه محتمل

دينه والامر هين قال المصنف (فلا يكون مشروعا) أقول لكنه مشروع بالاجماع فلا يصح البيع (قوله لان الشبهة ترد على قوله الخ) أقول فيه بحث (قوله يؤاخذ بضمانه قبل قضاء الديون) أقول فيه بحث

كانت فى مقـدار مهر مثلها أسوة للغرماء قال (فان لم يعرف للمفلس مال وطلب غرماؤه حبسه وهو يقول لا مال لى حبسه الحاكم فى كل دين التزمه بعقد كالمهر والكفالة) وقد ذكرناهـذا الفصل بوجوهه فى كتاب أدب القاضى من هذا الكتاب فلا نعيدها الى أن قال وكذلك ان أقام البينة أنه لا مال له يعنى خلى سبيله لوجوب النظرة الى الميسرة ولو مرض فى الحبس يبقى فيه ان كان له خادم يقوم بمعالجته وان لم يكن أخرجه تحرزا عن هلاكه والمحترف فيه لا يمكن من الاشتغال بعمله هو الصحيح ليضجر قلبه فينبعث على قضاء دينه بخلاف ما اذا كانت له جارية وفيه موضع يمكنه فيه وطؤها لا يمنع عنه لانه قضاء احدى الشهوتين فيعتبر بقضاء الاخرى قال (ولا يحول بينه وبين غرمائه بعد خروجه من الحبس يلازمونه ولا يمنعونه من التصرف والسفر) لقوله عليه الصلاة والسلام لصاحب الحق يد ولسان أراد باليد الملازمة وباللسان التقاضى قال (ويأخذون فضل كسبه يقسم بينهم بالحصص) لاستواء حقوقهم فى القوة (وقالا اذا فلسه الحاكم حال بين الغرماء وبينه الا أن يقيموا

معناه الحقيقى كما مر نظيره بل عدم ارادة الحقيقة ههنا أظهر لان قوله من ماله يأبى ارادتها قطعا وعن هذا وقع فى الكافى وغيره بدل المفلس المديون فالمراد بلفظ المفلس فى عبارة الكتاب المعنى المجازى على أحد التوجيهين اللذين ذكرتهما فيما مر من قبل فتذكر (قوله قال فان لم يعرف للمفلس مال وطلب غرماؤه حبسه وهو يقول لا مال لى حبسه الحاكم فى كل دين التزمه بعقد كالمهر والكفالة) أقول كان لفظ مختصر القدورى والبداية ههنا هكذا وان لم يعرف للمفلس مال وطلب غرماؤه حبسه وهو يقول لا مال لى حبسه الحاكم فى كل دين لزمه بدلا عن مال حصل فى يده كثمن المبيع وبدل القرض وفى كل دين التزمه بعقد كالمهر والكفالة اهـ وقد ترك المصنف فى النقل بعض ذلك من البين كما ترى ولم يظهر لى وجه لذلك سوى الحمل على النسيان من المصنف عند كتب هذه المسئلة فى الهداية لامر يعترى الانسان فى بعض الاحيان على مقتضى البشرية (قوله الى أن قال وكذلك ان أقام البينة أنه لا مال له) قوله الى أن قال متعلق بقوله قال فان لم يعرف للمفلس مال يعنى قال القدورى فى مختصره فان لم يعرف للمفلس مال الى أن قال وكذلك ان أقام البينة أنه لا مال له وقوله يعنى خلى سبيله تفسير من المصنف لمراد القدورى بقوله وكذلك ان أقام البينة أنه لا مال له وقوله لوجوب النظرة الى الميسرة تعليل لذلك وأقول كان الاولى والاظهر أن يقدم المصنف قوله الى أن قال على قوله وقد ذكرناهـذا الفصل بوجوهه فى كتاب أدب القاضى لئلا يعترض كلام نفسه أثناء نقل كلام القدورى فيورث التشويش الناظر فى تعلق قوله الى أن قال بقوله قال فان لم يعرف للمفلس مال أو ان يترك قوله الى أن قال ويقول قال وكذلك ان أقام البينة أنه لا مال له كما هو عادته فى سائر المواضع حتى يكون كلاما مستقلا كنظائره ولا يكون قلقا كما ذكره تبصر تفهم (قوله ويأخذون فضل كسبه يقسم بينهم بالحصص لاستواء حقوقهم فى القوة) أقول لقائل أن يقول هـذا التعليل قاصر عن افادة تمام المدعى لان استواء حقوقهم فى القوة انما يفيد عدم

(قوله ولو مرض فى الحبس يبقى فيه ان كان له خادم يقوم بمعالجته وان لم يكن له خادم أخرجه) وعن أبى يوسف أنه لا يخرجه من السجن فى هذه الصورة أيضا لان الهلاك لو كان انما يكون بسبب المرض وانه فى الحبس وغيره سواء (قوله قوله والمحترف فيه لا يمكن من الاشتغال بعمله هو الصحيح) وقال بعضهم لا يمنع عن الاكتساب فى السجن لان فيه نظرا الى الجانبين لجانب المديون لانه ينفق على نفسه وعلى عياله ولرب الدين فانه اذا فضل منه يصرف ذلك اليه والاصح أنه يمنع ليضجر قلبه فينبعث على قضاء دينه (قوله ولا يحول بينه وبين غرمائه) لقوله عليه السلام لصاحب الحق يد ولسان فوجه التمسك به هو أن الحديث مطلق فى حق الزمان

وقوله (وان لم يكن أخرجه تحرزا عن هلاكه) لانه لا يجوز اهلاكه لملكان الدين ألا يرى أنه لو توجه الهلاك اليه بالمخمصة لكان له أن يدفعه بمال الغير فكيف يجوز اهلاكه لاجل مال الغير وعن أبى يوسف رحمه الله أنه لا يخرجه من السجن فى هذه الصورة أيضا لان الهلاك لو كان انما يكون بسبب المرض وانه فى الحبس وغيره سواء وقوله (هو الصحيح) احتراز عن قول بعضهم لا يمنع عن الاكتساب فى السجن لان فيه نظرا للجانبين لجانب المديون لانه ينفق على نفسه وعياله ولرب الدين لانه اذا فضل منه شئ يصرف ذلك اليه وقوله (ولا يحول بينه وبين غرمائه بعد خروجه من الحبس) أى لا يمنعهم من أن يدوروا معه أينما دار (يلازمونه ولا يمنعونه من التصرف والسفر لقوله صلى الله عليه وسلم لصاحب الحق يد ولسان أراد باليد الملازمة وباللسان التقاضى) ووجه التمسك أن الحديث مطلق فى حق الزمان فيتناول الزمان الذى يكون بعد الاطلاق عن الحبس وقبله وقوله (يقسم بينهم بالحصص) أى يأخذ كل واحد منهم بقدر حصته من الدين هـذا اذا أخذوا فضل كسبه بغير اختياره أو أخذه القاضى وقسمه بينهم بدون اختياره وأما المديون فى حال صحته لو آثر أحد الغرماء على غيره بقضاء الدين باختياره فله ذلك نص على ذلك فى فتاوى النسفى فقال رجل عليه ألف درهم لثلاثة نفر لواحد منهم خمسمائة ولآخر منهم ثلثمائة ولآخر منهم مائتان وماله خمسمائة فاجتمع الغرماء وحبسوه بديونهم فى مجلس القضاء كيف يقسم أمواله بينهم قال اذا كان المديون حاضرا فله أن يقضى دونه بنفسه وله أن يقدم البعض على البعض فى القضاء ويؤثر البعض على البعض لانه يتصرف فى خالص ملكه لم يتعلق به حق أحد فيتصرف فيه على حسب مشيئته وان كان المديون غائبا والديون ثابتة عنـد القاضى فالقاضى يقسم ماله بين الغرماء بالحصص اذ ليس للقاضى ولاية تقديم

(البينة

بعضهم على بعض وقوله بينة اليسار تترجح) اليسار اسم للايسار من أيسر أي استغنى والاعسار مصدر أعسر أي افتقر وفي بعض النسخ على بينة العسار بمعنى الاعسار قال في المغرب وهو خطأ وقوله (لانها أكثر اثباتا) لان بينة الاعسار تؤكد ما دل عليه غيره اذ الاصل هو العسرة فصار كبينة ذي اليد في مقابلة بينة الخارج وقوله في الملازمة (لا يمنعونه الخ) تفسير الملازمة (ولا يجلسه في موضع لانه حبس) وليس بمستحق عليه وعن محمد رحمه الله أنه قال للمدعي أن يحبسه في مسجد حيه أو في بيته لانه ربما طوف في الاسواق والسكك لغير حاجة فيتضرر المدعي (ولو دخل داره لحاجته) كغداء أو غائط (لا يتبعه بل يجلس على باب داره الى أن يخرج لان الانسان لا بد له من موضع خلوة) وعن هذا قيل اذا أعطاه الغداء أو أعد له موضعا لاجل الغائط له أن يمنعه عن ذلك حتى لا يهرب (ولو اختار المطلوب الحبس والطالب الملازمة فالخيار الى الطالب لانه أبلغ في حصول المقصود لاختياره الاضيق) والاشد (عليه الا اذا علم القاضي أن يدخل عليه بالملازمة ضرر بين بان لا يمكنه من دخوله داره فحينئذ يحبسه دفعا للضرر عنه) وفي معناه منعه عن الاكتساب بقدر قوت يومه ولعياله (والدائن الرجل لا يلازم المديونة لاستلزامها الخلوة بالاجنبية لكن يبعث امرأة أمينة تلازمها) قال (ومن أفلس وعنده متاع لرجل بعينه) اذا اشترى متاعا

من رجل فافلس والمتاع باق في يده (فصاحب المتاع أسوة للغرماء فيه وقال الشافعي رحمه الله يحجر القاضي بطلب البائع على المشتري) حتى لا ينفذ تصرفه بالبيع وغيره) ثم (للبائع خيار الفسخ لانه عجز المشتري عن ايفاء الثمن والعجز) عن ايفاء الثمن (يوجب حق الفسخ قياسا على العجز عن ايفاء المبيع والجامع بينهما أنه عقد معاوضة ومن قضيته المساواة) فان قيل قياس مع وجود فارق وهو فاسد وذلك لان الثمن دين في الذمة وهو مانع عن الفسخ بخلاف المبيع فانه عين يرد عليها الفسخ أجاب بقوله (وصار كالسلم) يعني لا نسلم أن كونه دينا يمنع عن الفسخ فان المسلم فيه دين لا محالة واذا تعذر قبضه بانقطاعه عن أيدي

الناس كان لرب السلم حق الفسخ (ولنا أن الافلاس يوجب العجز عما هو غير مستحق بالعقد) لانه يوجب العجز عن تسليم العين المنقودة من الدراهم والدنانير (وهو ليس بمستحق بالعقد وانما المستحق به وصف في الذمة أعني الدين) والعجز عما هو غير مستحق بالعقد لا يوجب الفسخ اذا لم يتغير على البائع شرط من شروط عقده فصار كما لو كان المشتري مليا وتوضيح ذلك أن موجب العقد ملك الثمن وهو ملك به دينا في الذمة وبقاء الدين ببقاء محله والذمة بعد الافلاس باقية كما كانت قبله فلا فرق بين المفلس والملئ فان قيل هذا استدلال في مقابلة ما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال أيما رجل أفلس فادرك رجل وفي رواية فوجد البائع عنده متاعه فهو أحق به والاستدلال في

البينة أن له مالا) لان القضاء بالافلاس عندهما يصح فتثبت العسرة ويستحق النظرة الى الميسرة وعند أبي حنيفة رحمه الله لا يتحقق القضاء بالافلاس لان مال الله تعالى غادو رائح ولان وقوف الشهود على عدم المال لا يتحقق الا ظاهرا فيصلح للدفع لا لابطال حق الملازمة وقوله الا أن يقيموا البينة اشارة الا أن بينة اليسار تترجح على بينة الاعسار لانها أكثر اثباتا اذ الاصل هو العسرة وقوله في الملازمة لا يمنعونه من التصرف والسفر دليل على أنه يدور معه أينما دار ولا يجلسه في موضع لانه حبس (ولو دخل داره لحاجته لا يتبعه بل يجلس على باب داره الى أن يخرج) لان الانسان لا بد أن يكون له موضع خلوة ولو اختار المطلوب الحبس والطالب الملازمة فالخيار الى الطالب لانه أبلغ في حصول المقصود لاختياره الاضيق عليه الا اذا علم القاضي أن يدخل عليه بالملازمة ضرر بين بان لا يمكنه من دخوله داره فحينئذ يحبسه دفعا للضرر عنه (ولو كان الدين للرجل على المرأة لا يلازمها) لما فيها من الخلوة بالاجنبية ولكن يبعث امرأة أمينة تلازمها قال (ومن أفلس وعنده متاع لرجل بعينه ابتاعه منه فصاحب المتاع اسوة للغرماء فيه) وقال الشافعي رحمه الله يحجر القاضي على المشتري بطلبه ثم للبائع خيار الفسخ لانه عجز المشتري عن ايفاء الثمن فيوجب ذلك حق الفسخ كعجز البائع عن تسليم المبيع وهذا لانه عقد معاوضة ومن قضيته المساواة وصار كالسلم ولنا أن الافلاس يوجب العجز عن تسليم العين وهو غير مستحق بالعقد فلا يثبت حق الفسخ باعتباره وانما المستحق وصف في الذمة أعني الدين

جواز تقديم بعضهم على البعض الآخر فيستدعي وجوب القسمة بينهم ولا يفيد أن تكون القسمة بينهم بالحصص أي بقدر حصة كل واحد منهم من الدين بل يوهم لزوم الاستواء فيما أخذوه وتمام المدعى ههنا وجوب القسمة بينهم بالحصص لا مجرد وجوب القسمة بينهم فليتامل (قوله لانه عجز المشتري عن ايفاء الثمن فيوجب ذلك حق الفسخ كعجز البائع عن تسليم المبيع وهذا لانه عقد معاوضة ومن قضيته المساواة) قال صاحب العناية في تقرير هذا المحل لانه عجز المشتري عن ايفاء الثمن والعجز عن

فيتناول الزمان الذي يكون بعد الاطلاق عن الحبس وقبله (قوله وصار كالسلم) فانه اذا انقطع المسلم فيه يثبت

(قوله قال في المغرب وهو خطا) أقول ويوجه هنا بانه على سبيل الازدواج كما في قوله عليه الصلاة والسلام ارجعن ماجورات غير مازورات (قوله لاستلزامها الخلوة بالاجنبية الخ) أقول يعني لاستلزام الملازمة الخلوة الخ والضمير في تلازمها راجع الى المديونة (قوله والجامع بينهما أنه الخ) أقول فيه بحث بل العلة الجامعة هي العجز عن التسليم وقوله وهذا لانه عقد معاوضة الخ لبيان صحة القياس فليتأمل (قوله وهو ملك به) أقول الضمير في قوله به راجع الى العقد

مقابلة النص فاسد فالجواب أنه معارض بما روى الخصاف باسناده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال أيما رجل أفلس فوجد رجل عنده متاعه فهو أسوة غرمائه فيه وتاويل حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن المشتري كان قبضه بشرط الخيار للبائع فان قيل ماذكرتم من الدليل ان صح بجميع مقدماته لزم أن لا ينفسخ العقد اذا كسدت الفلوس لان موجب العقد لم يتغير لان الثمن دين في الذمة وهي باقية كما كانت قبل الكساد أجيب بانا لانسلم عدم التغير لان موجب العقد ملك فلوس هي ثمن ولم يبق بعد الكساد كذلك ولا يشكل بما اذا عجز المكاتب عن أداء البدل فان موجب العقد لم يتغير وللمولى أن يفسخ لان موجب العقد ملك المولى البدل بالقبض لانه ليس بدين حقيقة كما تقدم فاذا عجز فقد تغير موجب العقد (قوله وبقبض العين) جواب عما يقال لما كان العين المنقودة غير مستحقة بالعقد وجب أن لا تبرأ ذمة المديون بدفع المنقودة تقديره أن قضاء الدين واجب وذلك بالوصف الثابت في الذمة غير متصور وجعل الشارع العين بدلا عنه فاذا قبض العين بدلا عنه (تحقق بينهما مبادلة) من حيث انه ثبت لكل واحد منهما في ذمة الآخر وصف فيلتقيان قصاصا (هذا هو الحقيقة) أي تحقق المبادلة هو الحقيقة في قضاء الدين (فيجب اعتبارها مالم يتعذر) وفيما نحن فيه غير متعذر فكان العجز عن تسليم ما هو غير مستحق بالعقد وذلك لا يوجب الفسخ (بخلاف السلم) فانه لا يمكن تحقق المبادلة فيه لحرمة الاستبدال فيه بقوله صلى الله عليه وسلم لا تاخذ الا سلمك أو رأس مالك فيجب أن يجعل العين المقبوضة في مقابلة ما في الذمة عين ما هو في الذمة فكان العجز عنه عجزا عما أوجبه العقد وذلك يوجب الفسخ والله أعلم بالصواب *(كتاب المأذون)* ايراد كتاب المأذون بعد كتاب الحجر ظاهر المناسبة اذ الاذن يقتضي سبق الحجر

وبقبض العين تحقق بينهما مبادلة هذا هو الحقيقة فيجب اعتبارها الا في موضع التعذر كالسلم لان الاستبدال ممتنع فاعطى للعين حكم الدين والله أعلم

(كتاب المأذون)

ايفاء الثمن يوجب حق الفسخ قياسا على العجز عن ايفاء المبيع والجامع بينهما أنه عقد معاوضة ومن قضيته المساواة اهـ ورد بعض الفضلاء قوله والجامع بينهما أنه عقد معاوضة حيث قال فيه بحث بل العلة الجامعة هي العجز عن التسليم وقوله وهذا لانه عقد معاوضة الخ لبيان صحة القياس فليتامل اهـ (أقول) ليس ذلك بسديد لان مجرد العجز عن التسليم لا يكاد أن يكون علة جامعة في صحة القياس ههنا بدون ملاحظة كون العقد عقد معاوضة والا لزم أن يوجب العجز عن التسليم حق الفسخ في غير عقد المعاوضة أيضا ولم يقل به أحد فالمدار في تحقق العلة الجامعة ههنا كون البيع عقد معاوضة وهو الوجه لبيان المصنف صحة القياس ههنا بقوله وهذا لانه عقد معاوضة ومن قضيته المساواة والقول بان الجامع بينهما أنه عقد معاوضة ومن قضيته المساواة ليس مما تفرد به صاحب العناية بل أطبقت على التصريح به كلمة الثقات ههنا كصاحب الكافي وصاحب معراج الدراية والامام الزيلعي وغيرهم والله أعلم

(كتاب المأذون)

خيار الفسخ لرب السلم مع أنه عجز عن تسليم شيء هو غير مستحق عليه بالعقد لان المسمى بالعقد الدين في الذمة وبانقطاع المسلم فيه ثبت العجز عن العين وهو غير مستحق بالعقد فكذا عجز المشتري بالافلاس عن تسليم العين يوجب حق الفسخ للبائع وان لم يكن العين مستحقا بالعقد ولنا ان الافلاس يوجب العجز عن تسليم العين وهو غير مستحق بالعقد اذ المستحق بالعقد وصف في الذمة وبقبض العين تحقق بينهما مبادلة حكمية والعجز عن تسليم غير المستحق بالعقد لا يوجب حق الفسخ لانه لم يكن طريقا متعينا لدفع ضرره والوصول الى حقه لجواز أن يظهر له مال لم يكن له علم به أو يحدث له مال بسبب بخلاف عجز البائع عن تسليم المبيع لانه عجز عن تسليم المستحق بالعقد وبخلاف السلم لانه عجز عن تسليم عين المستحق بالعقد حكما لان العين في باب السلم أعطى له حكم الدين الواجب في الذمة لان الاستبدال فيه ممتنع شرعا فكان عجز المسلم اليه كعجز البائع عن تسليم المبيع فيوجب حق الفسخ ذلك

(كتاب المأذون)

الاذن الاعلام لغة وفي الشرع فك الحجر الثابت بالرق واسقاط الحق وهو حق المولى مالية الكسب والرقبة وانه يمنع تعلق حق الغير بهما وانه بالاذن أسقط حقه فعاد متصرفا بمالكيته الاصلية وأهليته لنفسه وهذا لانه أهل للتصرف بعد الرق لان ركن التصرفات كلام معتبر شرعا لصدوره عن مميز ومحل التصرف ذمة صالحة لالتزام الحقوق وهما لا يفوتان بالرق فصلاحية الذمة للالتزام من كرامات البشر وبالرق لا يخرج من أن يكون بشرا الا أن ذمته ضعيفة بالرق فلا يجب المال فيها الا شاغلا مالية الرقبة وهي حق المولى فحجر عن التصرف لحق المولى كيلا يبطل حقه بلا رضاه فقد أسقط حقه فعاد العبد متصرفا بمالكيته الاصلية وفي الذخيرة وانما قلنا ان العبد متصرف بحكم مالكيته الاصلية لان تصرفات العبد تبتني على الشراء لان أول تصرف

الاذن

(كتاب المأذون)

الاذن الاعلام لغة وفى الشرع فك الحجر واسقاط الحق عندنا

اراد كتاب المأذون بعد كتاب الحجر ظاهر المناسبة اذ الاذن يقتضى سبق الحجر فلما ترتبا وجودا ترتبا أيضا ذكرا وما التناسب (قوله الاذن الاعلام لغة) أقول لم أر قط فى كتب اللغة المتداولة بين الثقات مجىء الاذن بمعنى الاعلام وانما المذكور فيها كون الاذان بمعنى الاعلام فقوله الاذن الاعلام لغة محل نظر يظهر ذلك لمن راجع كتب اللغة نعم قد وقع فى كلام كثير من المشايخ فى كتب الفقه تفسير معنى الاذن لغة بالاعلام كما ذكره المصنف ولعلهم تسامحوا فى التفسير فعبروا عن معنى الاذن من أذن له فى الشئ اذنا أى اباحه كما صرح به فى القاموس بما يلازمه عادة من الاعلام ولا يخلو عن نوع الايماء اليه ما ذكره صاحب النهاية حيث قال ههنا يحتاج الى بيان الاذن لغة وشرعا ثم قال أما اللغة فالاذن فى الشئ رفع المانع لمن هو محجور عنه واعلام باطلاقه فيما حجر عنه من أذن له فى الشئ اذنا اه ثم ان من المستبعد ههنا ما ذكره الامام الزيلعى حيث قال فى التبيين والاذن فى اللغة الاعلام ومنه الاذان وهو الاعلام بدخول الوقت اه وكذا ما ذكره صاحب البدائع حيث قال فى فصل فى شرائط الركن من كتاب المأذون لان الاذن هو الاعلام قال الله تعالى وأذان من الله ورسوله أى اعلام اه فان مدار ما ذكراه اتحاد الاذن والاذان حيث استشهدا بمعنى أحدهما على معنى الآخر وليس كذلك قطعا والاظهر فى تفسير معنى الاذن لغة ما ذكره شيخ الاسلام خواهر زاده فى مبسوطه حيث قال أما الاذن فهو الاطلاق لغة لانه ضد الحجر وهو المنع فكان اطلاقا عن شئ أى شئ كان اه (قوله وفى الشرع فك الحجر واسقاط الحق عندنا) قال فى غاية البيان يعنى أن العبد كان محجورا عن التصرف لحق المولى فاذا أذن له المولى أسقط حق نفسه اه وقال فى النهاية أى أذن المولى لعبده فى التجارة اسقاط لحق نفسه الذى كان العبد لاجله محجورا عن التصرف فى مال المولى قبل اذنه وبالاذن أسقط حق نفسه عنده اه وقال فى العناية فان المولى اذا أذن لعبده فى التجارة أسقط حق نفسه الذى كان العبد لاجله محجورا عن التصرف فى مال المولى قبل اذنه اه وقال تاج الشريعة لانه كان للمولى حق فى رقبة العبد فقبل الاذن لا تتعلق الديون برقبته ولا بكسبه وبعد الاذن يسقط هذا الحق وتتعلق الديون بها اه وقال فى الكفاية وفى الشرع فك الحجر واسقاط الحق وهو حق المولى مالية الكسب والرقبة فانه يمنع تعلق حق الغير بها صونا لحق المولى وانه بالاذن أسقط حقه اه فتلخص من المجموع أن المراد بالحق ههنا حق المولى وقد أفصح عنه المصنف فيما بعد حيث قال وانحجاره عن التصرف لحق المولى لانه ما عهد تصرفه الا موجبا تعلق الدين برقبته وبكسبه وذلك مال المولى فلا بد من اذنه كى لا يبطل حقه من غير رضاه اه قال صاحب الاصلاح والايضاح المراد بالحق ههنا حق المنع لا حق المولى لانه مع اختصاصه باذن العبد غير صحيح لان حق المولى لا يسقط بالاذن ولذلك يأخذ من كسبه جبرا على ما سيأتى والمسقط هو المولى ان كان المأذون رقيقا والولى ان كان صبيا اه كلامه (أقول) فيه نظر أما أولا فلان كون المراد بالحق ههنا حق المنع لا ينافى كونه حق المولى بل يقتضيه لان حق المنع المتعلق بالعبد هو حق المولى لا حق غيره فان معنى حق المنع حق هو منع عن التصرف على أن تكون الاضافة بيانية ومعنى حق المولى حق هو للمولى على أن تكون الاضافة بمعنى اللام ولا ريب أن الحق الذى هو منع العبد عن التصرف انما يكون للمولى لا لغيره فكان حقا له قطعا وأما ثانيا فلانه ان أراد بقوله لان حق المولى لا يسقط بالاذن أنه لا يسقط به أصلا فممنوع كيف وسيأتى أنه اذا لزمته ديون تحيط بكسبه ورقبته

(وهو فى اللغة عبارة عن الاعلام وفى الشرع فك الحجر واسقاط الحق عندنا) فان المولى اذا أذن لعبده فى التجارة أسقط حق نفسه الذى كان العبد لاجله محجورا عن التصرف فى مال المولى قبل اذنه

(قوله وفى الشرع فك الحجر واسقاط الحق عندنا) أقول لا يخفى عليك أن اذن الصبى والمعتوه ليس فيه اسقاط الحق وسيجىء تفصيله ثم اعلم أن قوله واسقاط الحق عندنا كالتفسير لقوله فك الحجر

يباشره العبد بعد الاذن فى التجارة الشراء لانه لا مال له حتى يبيع والعبد فى الشراء متصرف لنفسه لا للمولى لانه يتصرف فى حقه وهو ذمته بايجاب الثمن فيها لان الثمن يجب فى ذمة العبد حتى كان المطالب بالثمن هو العبد بحيث لو امتنع عن ادائه فى الحال يحبس وذمته خالص حقه ولهذا لو أقر على نفسه بالقصاص صح وان أكذبه المولى واذا ثبت ان محل الشراء خالص حقه كان الشراء حقا له وهذا المعنى يقتضى نفاذ تصرفاته فى الاحوال كلها قبل الاذن وبعده ولكن شرطنا الاذن لا لنفاذ تصرف العبد وصحته بل لمعنى آخر وهو ان يصير المولى

والعبد بعد ذلك يتصرف لنفسه باهليته بعد الرق بقي أهلا للتصرف بلسانه الناطق وعقله المميز وانحجاره عن التصرف لحق المولى لانه ماعهد تصرفه الا موجبا تعلق الدين برقبته وبكسبه وذلك مال المولى فلابد من اذنه كي لا يبطل حقه من غير رضاه

تعلقت بكسبه ورقبته جميعا فيباع كل ذلك للغرماء فيسقط حق المولى في كسبه ورقبته جميعا لا محالة وان أراد بذلك أنه لا يسقط به في الجملة كما اذا لم تحط به ما دون فسلم لكن لا يجدي نفعا اذ ليس المراد باسقاط الحق في معنى الاذن شرعا اسقاطه بالكلية ألبتة بل المراد به اسقاطه في الجملة وذلك يتحقق في صورة احاطة الدين بل في صورة عدم احاطته أيضا بالنظر الى البعض الساقط بمقدار الدين كما لا يخفى وأما اختصاص حق المولى باذن العبد فلا يضر اذ المقصود بالذات في كتاب المأذون بيان اذن العبد وانما يبين فيه اذن الصبي أيضا على سبيل التبعية فيجوز أن يكون مدار ماذكره في تفسير الاذن في الشرع على ما هو المقصود بالذات في كتاب المأذون ثم ان صاحب النهاية قال وأما حكمه فما هو التفسير الشرعي وهو فك الحجر الثابت بالرق شرعا عما يتناوله الاذن لا الانابة والتوكيل لان حكم الشيء ما يثبت به والثابت بالاذن في التجارة فك الحجر عن التجارة وقال هذا ماذكره في المبسوط والايضاح والذخيرة والمغني وغيرها اهـ وقد اقتفى أثره الامام الزيلعي حيث قال في التبيين وحكمه هو التفسير الشرعي وهو ماذكرنا من فك الحجر اهـ (أقول) كون حكم الاذن ما هو تفسيره الشرعي غير معقول المعنى لان حكم الشيء على ما تقرر عندهم انما هو أثره الثابت به المترتب عليه وقد أشار اليه صاحب النهاية أيضا بقوله لان حكم الشيء ما يثبت به ولا يذهب على ذي مسكة أن ما يثبت بالشيء ويصير أثرا مترتبا عليه لا يصلح أن يكون تفسيرا لذلك الشيء محمولا عليه بالمواطأة ثم أقول ليس المذكور في الذخيرة وغيرها أن حكمه ما هو تفسيره الشرعي بل المذكور فيها هكذا وأما بيان حكمه فنقول حكمه شرعا عندنا فك الحجر الثابت بالرق شرعا عما يتناوله الاذن لا الانابة ولا التوكيل لان حكم الشيء ما يثبت به والثابت بالاذن في التجارة فك الحجر عن التجارة اهـ فيجوز أن يكون المراد بفك الحجر المذكور فيها ما هو مصدر من المبني للمفعول فيؤول الى معنى انفكاك الحجر ويصير صفة للمحجور ولا شك أن المراد بفك الحجر المذكور في تفسير الاذن شرعا ما هو مصدر من المبني للفاعل وصفة للاذن فيصح أن يكون المذكور في تلك الكتب حكما للاذن الشرعي اذ لا ريب أن الانفكاك أثر ثابت بالفك كالانكسار مع الكسر ثم ان الاظهر في بيان حكم الاذن ماذكره صاحب غاية البيان وعزاه الى التحفة حيث قال وأما حكمه فالمأذون ما كان من قبيل التجارة وتوابعها وضروراتها وعدمه لكه مالم يكن كذلك الى هذا أشار في التحفة وذلك لان حكم الشيء ما يثبت بالشيء والثابت بالاذن ما قلنا فكان حكما له الى هنا كلامه (قوله والعبد بعد ذلك يتصرف لنفسه باهليته لانه بعد الرق بقي أهلا للتصرف بلسانه الناطق وعقله المميز) فان قيل المأذون عديم الاهلية لحكم التصرف وهو الملك فينبغي أن لا يكون أهلا لنفس التصرف لان التصرفات الشرعية انما تراد لحكمها وهو ليس باهل لذلك فلا يكون أهلا لسببه أجيب بان حكم التصرف ملك اليد والرقيق أهل لذلك ألا يرى أن استحقاق ملك اليد يثبت للمكاتب مع قيام الرق فيه وهذا لانه مع الرق أهل للحاجة فيكون أهلا لقضائها وأدنى طريق قضائها ملك اليد فهو الحكم الاصلي للتصرف وملك العين شرع للتوصل اليه فما هو الحكم الاصلي يثبت للعبد وما وراء ذلك يخلفه المولى فيه وهو نظير من اشترى شيأ على أن البائع بالخيار ثم مات ففي اختيار البائع البيع يثبت ملك العين للوارث على سبيل الخلافة عن المورث بتصرف باشره المورث بنفسه كذا ذكر في كثير من شروح هذا الكتاب وفي عامة كتب الاصول (أقول) فيه بحث لانهم ان أرادوا أن الرقيق له ملك اليد باهليته الاصلية الذاتية كما هو المتبادر من كلامهم يشكل ما تقرر عندهم من أن المكاتب مملوك

راضيا بالضرر بتصرف العبد لان تصرف العبد لا ينفك عن شغل رقبة العبد وكسبه وهو معنى ما قال

والعبد بعد ذلك يتصرف لنفسه باهليته لانه بعد الرق بقي أهلا للتصرف بلسانه الناطق وعقله المميز) لكن لما كان تصرفه يوجب تعلق الدين برقبته أو كسبه وذلك حق المولى انحجر عنه (فلابد من اذنه كي لا يبطل حقه من غير رضاه) فقوله واسقاط الحق الخ كالتفسير لقوله فك الحجر وقوله عندنا اشارة الى خلاف الشافعي رحمه الله فان الاذن عنده توكيل وانابة وصحح المصنف رحمه الله كونه اسقاطا عندنا بقوله ولهذا لا يقبل التأقيت فانه لما كان تصرفه بحكم مالكيته الاصلية وأنها عامة لا تختص بنوع ومكان وقت دل على أنه اسقاط لحق المولى لا غير اذ الاسقاطات لا تتوقت كالطلاق والعتاق فان قيل قوله فك الحجر جواب واسقاط الحق مذكور في حيز التعريف فكيف جاز الاستدلال عليه فالجواب من وجهين أحدهما أنه ليس باستدلال وانما هو تصحيح النقل بما يدل على انه عندنا معرف بذلك كما أشرنا اليه والثاني أن حكمه الشرعي هو تعريفه فكان الاستدلال

(قوله كما أشرنا اليه) أقول يعني بقوله وصحح المصنف الخ

عليه من حيث كونه حكما لا من حيث كونه تعريفا وصحح المصنف كونه يتصرف باهلية نفسه بقوله (ولهذا لا يرجع بما لحقه من العهدة على المولى) وهذا لان أول تصرف يباشره العبد المأذون الشراء لانه لا مال له حتى يبيع والعبد في الشراء متصرف لنفسه لا للمولى لانه يتصرف في ذمته بايجاب الثمن فيها حتى لو امتنع عن الاداء حال الطلب حبس وذمته خالص حقه

لامحالة ولهذا لو أقر على نفسه بالقصاص صح وان كذبه المولى فكان الشراء حقا له وهذا المعنى يقتضي نفاذ تصرفاته قبل الاذن أيضا لكن شرطنا اذن المولى دفعا للضرر عنه بغير رضاه والرضا بالضرر لا يتفاوت بين نوع ونوع فالتقييد بالتوقيت غير مفيد فلا يعتبر فان قيل العبد المأذون عديم الاهلية بحكم التصرف وهو الملك فينبغي أن لا يكون أهلا لنفس التصرف لان التصرفات الشرعية انما تراد لحكمها وهو ليس باهل لذلك أجيب بان حكم التصرف ملك اليد والرقيق أصل في ذلك وقد قررنا تمام ذلك في التقرير فان قيل لو كان الاذن فك الحجر والعبد يتصرف باهليته لما كان للمولى ولاية الحجر بعده لانه أسقط حقه والساقط لا يعود أجيب بان الرق لما كان باقيا كان الحجر بعده امتناعا بحق الاسقاط فيما يستقبل لان الساقط لا يعود (ثم ان الاذن كما يثبت صريحا يثبت دلالة

ولهذا لا يرجع بما لحقه من العهدة على المولى ولهذا لا يقبل التاقيت حتى لو أذن لعبده يوما أو شهرا كان مأذونا أبدا حتى يحجر عليه لان الاسقاطات لا تتوقت ثم الاذن كما يثبت بالصريح يثبت بالدلالة

لمولاه رقبة لا يدا والمدبر مملوك له يدا لا رقبة والقن مملوك له يدا ورقبة فان الرقيق اذا كان مالكا يده فكيف يكون مملوكا لمولاه يدا في صورة ان كان قنا أو مدبرا وان أراد وأن له ملك اليد باهليته المكتسبة من مولاه بالاذن أو الكتابة فلا يتم التقريب اذ كلام المصنف وغيره صريح في أن أصل أصحابنا أن العبد المأذون له متصرف لنفسه باهليته الاصلية الثابتة له بلسانه الناطق وعقله المميز فليتأمل في التوجيه (قوله ولهذا لا يرجع بما لحقه من العهدة على المولى) قال في العناية وصحح المصنف كونه يتصرف باهلية نفسه بقوله ولهذا لا يرجع بما لحقه من العهدة على المولى وهذا لان أول تصرف يباشره العبد المأذون الشراء لانه لا مال له حتى يبيع والعبد في الشراء متصرف لنفسه لا للمولى لانه يتصرف في ذمته بايجاب الثمن فيها حتى لو امتنع عن الاداء حال الطلب حبس وذمته خالص حقه لامحالة ولهذا لو أقر على نفسه بالقصاص صح وان كذبه المولى فكان الشراء حقا له وهذا المعنى يقتضي نفاذ تصرفاته قبل الاذن أيضا لكن شرطنا اذن المولى دفعا للضرر عنه بغير رضاه اهـ وهذا حاصل ما ذكره صاحب النهاية نقلا عن الذخيرة (أقول) يرد على ظاهر قوله لان أول تصرف يباشره العبد المأذون الشراء لانه لا مال له حتى يبيع أنه لا يلزم من أن لا يكون له مال يبيعه أن يكون أول تصرفه الشراء لجواز أن يكون أول تصرفه أخذ المضاربة أو ايجار نفسه فانه يملك كل واحد من ذينك التصرفين كما سيأتي في الكتاب ولا يقتضي شيء منهما أن يكون له مال كما لا يخفى ويمكن أن يقال يجوز بناء قوله المزبور على ما هو الاصل في التجارة وما هو الغالب وقوعا فيها ولا يخفى أن الاصل في التجارة هو البيع والشراء كما سيأتي التصريح به من المصنف وأنهما هما الغالب وقوعا في باب التجارة فعلى مقتضى ذلك البناء اذا لم يكن للعبد المأذون في أول تصرفه مال يبيعه يتعين له الشراء ثمة وقال بعض الفضلاء في حاشيته على قول صاحب العناية لان أول تصرف يباشره العبد المأذون الشراء بل أول تصرف يباشره مؤاجرة نفسه والجواب أنه عند الخصم فان مؤاجرة نفسه غير جائزة عنده في أحد قوليه على ما سيجيء اهـ (أقول) في كل من ايراده وجوابه سقامة أما في الاول فلانه قال بل أول تصرف يباشره مؤاجرة نفسه بطريق الجزم وكان الظاهر أن يقول بل يجوز أن يكون أول تصرف يباشره مؤاجرة نفسه على أن قوله مؤاجرة نفسه خطأ على ما ذكر في الاساس والمغرب وكان الصواب أن يقول بدل ذلك ايجار نفسه كما قلت فيما مر وأما في الثاني فلانا بصدد اثبات ما قلنا ان العبد المأذون له يتصرف بعد الاذن لنفسه باهليته لا بصدد الجواب عما قاله الخصم بل لم يقع التصريح من المصنف ههنا بما قاله الخصم أصلا فكيف يصح أن تحمل المقدمة المذكورة على مذهب الخصم في أحد قوليه دون مذهبنا على أنها لو حملت على مذهب الخصم لم تسلم أيضا لجواز أن يكون أول تصرف يباشره أخذ المضاربة كما ذكرنا من قبل والخصم لا ينكر جواز ذلك فلم يفد الحمل على مذهبه فالذي يمكن في الجواب ما قدمنا لا غير (قوله ولهذا لا يقبل التاقيت) قال صاحب العناية وصحح المصنف كونه اسقاطا عندنا بقوله ولهذا لا يقبل التاقيت ثم قال فان قيل قوله فك الحجر واسقاط الحق مذكور في حيز التعريف فكيف جاز

وانحجاره عن التصرف أي قبل الاذن لحق المولى (قوله ولهذا لا يرجع بما لحقه من العهدة على المولى) يرجع الى قوله والعبد بعد ذلك يتصرف لنفسه باهليته (قوله ولهذا لا يقبل التاقيت) أي كون الاذن اسقاط الحق (قوله لان الاسقاطات لا تتوقت كالطلاق والعتاق) فان قيل لو كان اسقاطا لما كان للمولى ولاية الحجر

(قوله ولهذا لا يرجع بما لحقه من العهدة الخ) أقول قال صاحب الهداية يعني أول

الوكالة ان وكل صبيا محجورا عليه يعقل البيع والشراء وعبدا محجورا عليه جاز ولا تتعلق بهما الحقوق وتتعلق بموكلهما ر قوله وهذا لان أول تصرف يباشره العبد المأذون الشراء) أقول بل أول تصرف يباشره مؤاجرة نفسه والجواب انه عند الخصم فان مؤاجرة نفسه غير جائزة عنده في أحد قوليه على ما سيجيء ثم اعلم ان قوله وهذا اشارة الى قوله وصحح المصنف كونه الخ (قوله والرضا بالضرر لا يتفاوت الخ) أقول فيه بحث

كما اذا رأى عبده يبيع) من ماله شيا (و يشترى فسكت يصير ماذونا عندنا خلافا لزفر والشافعى رحمهما الله) وهو من باب بيان الضرورة وقد عرف فى الاصول قالا السكوت محتمل للرضا ولفرط الغيظ وقلة الالتفات الى تصرفه لعلمه لكونه محجورا والمحتمل لا يكون حجة وقلنا جعل سكوته حجة لانه موضع بيان اذ الناس يعاملون العبد حين علمهم بسكوت المولى ومعاملتهم قد تفضى الى لحوق ديون عليه واذا لم يكن ماذونا تتأخر المطالبة الى ما بعد العتق وقد يعتق وقد لا يعتق وفى ذلك اضرار بالمسلمين بتواء حقهم ولا اضرار فى الاسلام وليس للمولى فيه ضرر متحقق لان الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه فكان موضع بيان أنه راض به أولا والسكوت فى موضع الحاجة الى البيان بيان فان قيل عين ذلك التصرف الذى رآه من البيع غير صحيح فكيف يصح غيره وكذا اذا رأى أجنبيا يبيع من ماله وسكت لم يكن اذنا والمرتهن اذا رأى الراهن يبيع الرهن وسكت لم يكن اذنا واذا رأى رقيقه يزوج نفسه وسكت لا يكون اذنا فما الفرق أجيب بان الضرر فى التصرف الذى رآه متحقق بازالة ملكه عما يبيعه فى الحال فلا يثبت بسكونه وليس فى ثبوت الاذن فى غيره ذلك لما قلنا أن الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه ولا يلزم من كون السكوت اذنا بالنظر الى ضرر متوهم كونه اذنا بالنظر الى متحقق وهو الجواب عن بيع الاجنبى ماله وفى الرهن لم يصر سكوته اذنا لان جعله اذنا يبطل ملك المرتهن عن اليد وقد لا يصل الى يده من محل آخر فكان فى ذلك ضرر متحقق لا يقال الراهن أيضا يتضرر ببطلان ملكه عن الثمن فترجح ضرر المرتهن تحكم لان بطلان ملكه عن الثمن موقوف لان بيع المرهون موقوف على ظاهر الرواية وبطلان ملك المرتهن عن اليد بات فكان أقوى وأما الرقيق عبدا كان أو أمة اذا زوج نفسه فانما لم يصر السكوت فيه اذنا قال بعض الشارحين ناقلا عن مبسوط شيخ الاسلام رحمه الله لان السكوت انما يصير اذنا واجازة دفعا للضرر ولا ضرر على أحد فى نكاح العبد والامة لان النكاح يكون موقوفا لان نكاح لان المملوك مملوك المولى لما فيه من اصلاح ملكه ومنافع بضع المملوكة كذلك وليس لاحد ابطال ملكه بغير رضاه فكان موقوفا وأمكن فسخه فلا يتضرر به أحد وقيل فيه نظر لانه لا كلام فى أن نكاح الرقيق موقوف على اذن المولى واجازته وانما هو فى أن سكوته اجازة أولا ولعل الصواب أن يقال أن فى ذلك ضررا محققا للمولى فلا يكون السكوت اذنا (ثم لا فرق بين أن يبيع عينا مملوكا للمولى أو لاجنبى باذنه أو بغير اذنه بيعا صحيحا أو فاسدا

كما اذا رأى عبده يبيع و يشترى فسكت يصير ماذونا عندنا خلافا لزفر والشافعى رحمهما الله ولا فرق بين أن يبيع عينا مملوكا للمولى أو لاجنبى باذنه أو بغير اذنه بيعا صحيحا أو فاسدا

الاستدلال عليه فالجواب من وجهين أحدهما أنه ليس باستدلال وانما هو تصحيح النقل بما يدل على أنه عندنا معرف بذلك كما أشرنا اليه والثانى أن حكمه الشرعى هو تعريفه فكان الاستدلال عليه من حيث كونه حكما لا من حيث كونه تعريفا اه كلامه (أقول) فى كل من وجهى الجواب نظر أما فى الاول فلان تصحيح النقل بما يدل على أنه عندنا معرف بذلك عين الاستدلال فان ما يدل على ذلك هو الدليل وتصحيح النقل به هو الاستدلال فما معنى قوله انه ليس باستدلال وأما فى الثانى فلان كون حكمه الشرعى هو تعريفه مما لا يكاد يصح لان حكم الشئ ما هو خارج عنه مباين له وان كان أثرا مترتبا عليه وتعريف الشئ ما هو محمول عليه بالمواطاة متحد به فى الذات فانى يكون أحدهما هو الآخر وقد مر مثل ذلك من قبل والحق فى الجواب أن يقال الاستدلال المذكور على نفس التعريف حتى يرد أن التعريف لا يقبل الاستدلال عليه لانه تصور والتصور لا يكتسب من التصديق بل على الحكم الضمنى كأن يقال هذا التعريف صحيح وهذا التعريف مطابق لاصولنا أو نحو ذلك ولا يخفى أن تلك الاحكام تصديقات تقبل الاستدلال عليها قطعا ونظيره هذا ما حققوا فى فنه من أن المنع والنقض والمعارضة فى التعريفات انما تتوجه الى الاحكام الضمنية لا الى نفس التعريفات تدبر ترشد (قوله ولا فرق بين أن يبيع عينا مملوكا للمولى أو لاجنبى باذنه أو بغير اذنه بيعا صحيحا أو فاسدا) قال الامام الزيلعى فى التبيين بعد أن قال مثل هذا هكذا ذكر صاحب الهداية وغيره وذكر قاضيخان فى فتاواه اذا رأى عبدا يبيع عينا من أعيان المالك فسكت لم يكن اذنا وكذا المرتهن اذا رأى الراهن يبيع الرهن فسكت لا يبطل الرهن اه (أقول) كأنه فهم المخالفة بين ما ذكره صاحب الهداية وغيره و بين ما ذكره قاضيخان فى فتاواه وليس الامر كما فهمه اذ الظاهر أن مراد الامام قاضيخان أن سكوت المالك فيما اذا رأى عبده يبيع عينا من أعيان ماله لا يصير اذنا فى حق ذلك التصرف الذى صادفه السكوت لا فى حق سائر تصرفات ذلك العبد فى باب التجارة مطلقا و يرشد اليه قوله وكذا

بعده لانه أسقط حقه والساقط لا يعود قلنا بقاء ولاية الحجر باعتبار بقاء الرق فكان فى الحجر امتناع عن

(قوله اذ الناس يعاملون العبد حين علمهم بسكوت المولى الخ) أقول لهما أن يقولا ذلك لحماقة المعامل حيث اغتر بمجرد السكوت ولم يسال عن المولى ولذلك نظائر (قوله وليس للمولى فيه ضرر متحقق لأن الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه) أقول اذا كان لحوق الدين غير متحقق كان الضرر فى حق الناس أيضا متوهما فكيف يسقط به الحق الثابت للمولى على العبد لا بد من التامل (قوله وقيل فيه نظر لانه لا كلام فى أن نكاح الرقيق الخ) أقول وعندى أن النظر غير وارد لان كون السكوت اذنا كان لأجل دفع الضرر فحيث لا ضرر يبقى على القياس ولا يجعل اذنا

لان كل من رآه يظنه ماذوناله فيها فيعاقده فيتضرر به لولم يكن ماذوناله ولولم يكن المولى راضيابه لمنعه دفعا للضرر عنهم) وهذا الدليل كما ترى لا يفرق بين شئ وشئ من الوجوه المذكورة أعنى أن يبيع عينا مملوكا للمولى الخ قال (واذا أذن المولى لعبده فى التجارة) اذا قال المولى لعبده أذنت لك فى التجارة ولم يقيد بشئ كان اذنا عاما بالتصرف فى جنس التجارة بلا خلاف فيبيع و يشترى مابداله من أنواع الاعيان لان التجارة اسم جنس محلى باللام فكان عاما يتناول جميع أنواع الاعيان لانه أى بيع الاعيان أصل التجارة والمنافع لكونها قائمة بالأعيان ألحقت بها (ولو باع بغبن يسير جاز) بالاتفاق (لتعذر الاحتراز عنه وكذا بالفاحش عند أبى حنيفة رحمه الله خلافا لهما) قالا البيع بالغبن الفاحش خلاف المقصود اذا المقصود بالبيع الاسترباح دون الاتلاف فكان بمنزلة التبرع ولهذا اعتبر من المريض من الثلث وما هو خلاف المقصود لا ينتظمه الاذن بالمقصود ولأبى حنيفة رحمه الله أن البيع بالغبن الفاحش تجارة يملكه الحر فيملكه العبد المأذون لانه بعد الاذن كالحر يتصرف باهلية نفسه كما تقدم واعتباره من الثلث ومن المريض لحق الغرماء والورثة وذلك لا يدل على أنه لا ينفذ من المأذون كالغبن اليسير فانه يصح من المأذون بالاتفاق وفى حق المريض يعتبر من الثلث فأبو حنيفة رحمه الله سوى ههنا بين البيع والشراء فى الغبن الفاحش وفرق بينهما فى تصرف الوكيل لان الوكيل يرجع على الآمر بما يلحقه من العهدة فكان الوكيل فى الشراء متهما فى أنه اشتراه لنفسه فلما ظهر له العيب أراد أن يلزم الآمر وهذا لا يوجد فى تصرف المأذون لما مر أنه لا يرجع بما يلحقه من العهدة على أحد فكان البيع والشراء فى حقه سواء (وعلى هذا الخلاف الصبي) اذا أذن له

لان كل من رآه يظنه ماذوناله فيها فيعاقده فيتضرر به لولم يكن ماذوناله ولولم يكن المولى راضيابه لمنعه دفعا للضرر عنهم قال (واذا أذن المولى لعبده فى التجارة اذنا عاما جاز تصرفه فى سائر التجارات) ومعنى هذه المسئلة أن يقول له أذنت لك فى التجارة ولا يقيده ووجهه أن التجارة اسم عام يتناول الجنس فيبيع و يشترى مابداله من أنواع الاعيان لأنه أصل التجارة ولو باع او اشترى بالغبن اليسير فهو جائز) لتعذر الاحتراز عنه (وكذا بالفاحش عند أبى حنيفة رحمه الله خلافا لهما) هما يقولان ان البيع بالفاحش منه بمنزلة التبرع حتى اعتبر من المريض من ثلث ماله فلا ينتظمه الاذن كالهبة وله أنه تجارة والعبد متصرف بأهلية نفسه فصار كالحر وعلى هذا الخلاف الصبي المأذون

المرتهن اذا رأى الراهن يبيع الرهن فسكت لا يبطل الرهن فان المراد هنالك عدم صحة التصرف الذى صادفه السكوت بلا ريب ولا دلالة فى كلام صاحب الهداية وغيره على كون السكوت اذنا فى حق التصرف الذى صادفه السكوت فيما اذا باع عينا مملوكا للمولى بغير رضاه بل خلافه مصرح به فى أكثر الشروح وعامة المعتبرات قال فى البدائع وأما الاذن بطريق الدلالة فنحو أن يرى عبده يبيع و يشترى فلا ينهاه فيصير ماذونا فى التجارة عندنا الا فى البيع الذى صادفه السكوت وأما فى الشراء فيصير ماذونا وعند زفر والشافعى رحمهما الله لا يصير ماذونا اه وقال فى المحيط البرهانى قال محمد رحمه الله فى الاصل اذا نظر الرجل الى عبده وهو يبيع و يشترى ولم ينه عن ذلك يصير العبد ماذونا فى التجارة عند علمائنا الثلاثة واذا رأى عبده يبيع عينا من أعيان ماله فسكت يصير ماذونا فى التجارة ولكن لا يجوز بيعه مال المولى قال محمد رحمه الله وهذا بمنزلة مالو رأى المولى عبده المسلم يشترى شيأ بالخمر والخنزير فسكت يصير العبد ماذونا فى التجارة وان كان لا يجوز هذا الشراء كذا ههنا اه فكيف يجوز حمل كلام قاضيخان فى فتاواه على خلاف مانص عليه محمد رحمه الله فى الاصل بقوله واذا رأى عبده يبيع عينا من أعيان ماله فسكت يصير مأذونا فى التجارة فالوجه أن يحمل على مضمون قوله ولكن لا يجوز بيعه مال المولى كما بيناه (قوله لان كل من رآه يظنه ماذوناله فيها فيعاقده فيتضرر به لولم يكن ماذوناله ولولم يكن المولى راضيابه لمنعه دفعا للضرر عنهم) قال صاحب العناية فى تفصيل هذ

لاسقاط فيما يستقبل لا فيما مضى لان الساقط يعود (قوله فيعاقده فيتضرر به) أى فيما اذا لحقته ديون ثم قال المولى ليس بمأذون تتأخر الديون الى ما بعد العتق ولا يدرى متى يعتق وهل يعتق أم لا فيكون فيه اتواء حقهم فاذا رآه يبيع و يشترى ولم ينهه يثبت اذنه اذ لو لم يكن راضيا به لمنعه دفعا للضرر عنهم حملا لفعله على ما يقتضيه الشرع والعرف كما فى سكوت النبى عليه السلام عند أمر يعاينه عن التغيير والنكير وسكوت البكر والشفيع بخلاف ما اذا رأى انسانا يتلف ماله أو يبيعه فسكت لا يكون رضا وكذلك المرتهن اذا رأى الراهن يبيع الرهن فسكت ولم ينهه عن البيع لا يصير اذنا له فى البيع وكذلك اذا رأى عبده يتزوج أو رأى أمته تزوجت فسكت لا يصير اذنا لهما فى النكاح لان الضرر فى هذه الصور متحقق فى الحال وضرر المولى فى ثبوت الاذن اذا رأى عبده يبيع ويشترى متردد قد يلحقه وقد لا يلحقه ولو لم يثبت الاذن به يتضرر الناس فى معاملاتهم (قوله فى سائر التجارات) أى فى جميعها (قوله ومعنى هذه المسئلة أن يقول أذنت لك فى التجارة ولا يقيده) أى ولا يقيد الاذن بنوع من التجارة فحينئذ يكون ماذونا فى جميع التجارات بالاتفاق أما لو قيد بنوع منها بان يقول أذنت لك فى التجارة فى البحر يكون ماذونا أيضا عندنا فى جميع أنواع التجارات خلافا لزفر والشافعى رحمهما الله فكان فائدة ذكر معنى المسئلة نفى الخلاف لأن لا يكون ماذونا فى جميع التجارات عندنا عند التقييد بنوع منها (قوله ووجهه ان التجارة اسم عام يتناول الجنس) لانه محلى بالالف واللام وهو

(ولو حابى فى مرض موته يعتبر من جميع ماله اذا لم يكن عليه دين وان كان فمن جميع ما بقى) لان الاقتصار فى الحر على الثلث لحق الورثة لا وارث للعبد وان كان الدين محيطا بما فى يده يقال للمشترى أد جميع المحاباة والا فاردد البيع كما فى الحر

التعليل وقلنا جعل سكوته حجة لانه موضع بيان اذ الناس يعاملون العبد حين علمهم بسكوت المولى ومعاملتهم قد تفضى الى لحوق ديون عليه واذا لم يكن ماذونا تتاخر المطالبة الى ما بعد العتق وقد يعتق وقد لا يعتق وفى ذلك اضرار بالمسلمين باتواء حقهم ولا اضرار فى الاسلام وليس للمولى فيه ضرر متحقق لان الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه فكان موضع بيان أنه راض به أولا والسكوت فى موضع الحاجة الى البيان بيان اهـ واعترض بعض الفضلاء من جانب الخصم على قوله والناس يعاملون العبد حين علمهم بسكوت المولى حيث قال لهما أن يقولا ذلك لحماقة المعامل حيث اغتر بمجرد السكوت ولم يسال من المولى ولذلك نظائر اهـ (أقول) ليس هذا بوارد لان المعامل لا يغتر بمجرد السكوت بل يعتمد على ما جرى عليه العرف من أن من لا يرضى بتصرف عبده ينهاه عنه ويؤدبه عليه وقد صرح به فى الكافى وغيره حيث قالوا ولنا أن العادة جرت بان من لا يرضى بتصرف عبده ينهاه عنه ويؤدبه عليه فاذا لم ينه علم أنه راض فجعل سكوته اذنا دلالة دفعا للغرور عن الناس فانهم يعتقدون ذلك اطلاقا منه فيبايعونه حملا لفعله على ما يقتضيه الشرع والعرف كما فى سكوت النبى عليه الصلاة والسلام عند أمر يعاينه عن التغيير وسكوت البكر وسكوت الشفيع اهـ فبعد ذلك كيف يحتاج المعامل الى السؤال من المولى وكيف يحمل العاقل عدم سؤاله على حماقته وهلا تكون النظائر لما عامله دون خلافه * ثم أقول بقى شئ فى تقرير صاحب العناية وهو أنه جعل ضرر المولى غير معتبر لكونه غير متحقق بناء على ان الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه وجعل ضرر المسلمين معتبرا مع أنه أيضا غير متحقق بناء على أن الديون قد تلحقه وقد لا تلحقه فما الفرق والرجال لا بد من البيان ثم قال فى العناية فان قيل عين ذلك التصرف الذى رآه من البيع غير صحيح فكيف يصح غيره وكذا اذا رأى أجنبيا يبيع من ماله وسكت لم يكن اذنا والمرتهن اذا رأى الراهن يبيع الرهن وسكت لم يكن اذنا واذا رأى رقيقه يزوج نفسه وسكت لم يكن اذنا فما الفرق أجيب بان الضرر فى التصرف الذى رآه متحقق بازالة ملكه عما يبيعه فى الحال فلا يثبت بالسكوت وليس فى ثبوت الاذن فى غيره ذلك لما قلنا ان الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه ولا يلزم من كون السكوت اذنا بالنظر الى ضرر متوهم كونه اذنا

لاستغراق الجنس حيث لم يسبقه معهود يتقيد به فيستغرق جنس التجارات (قوله ولو حابى فى مرض موته يعتبر من جميع المال) هذا اذا كان مولاه صحيحا أما اذا كانت المحاباة فيه فى مرض المولى فمحاباته بما يتغابن الناس فيه أو بما لا يتغابن فيه جائزة فى قول أبى حنيفة رحمه الله من ثلث مال المولى سواء كان ذلك فى البيع أو فى الشراء لان العبد بانفكاك الحجر عنه بالاذن صار مالكا للمحاباة مطلقا فى قول أبى حنيفة رحمه الله حتى لو باشر فى صحة المولى كان صحيحا منه والمولى حين استدام الاذن بعد مرضه جعل تصرف العبد باذنه كتصرفه بنفسه ولو باع المولى بنفسه وحابى يعتبر ذلك من ثلث ماله المحاباة اليسيرة والفاحشة فى ذلك سواء فكذلك اذا باشر العبد وفى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله محاباته بما يتغابن الناس فيه كذلك فاما محاباته بما لا يتغابن الناس فيه باطل وان كان يخرج من ثلث مال المولى لان العبد عندهما لا يملك هذه المحاباة بالاذن له فى التجارة حتى لو باشره فى صحة المولى كان باطلا وان كان على المولى دين محيط برقبة العبد وبما فى يده أولا مال له غيره فحابى فى مرض المولى لم تجز محاباة العبد بشئ لان مباشرته كمباشرة المولى وقيل للمشترى ان شئت فانقض البيع وان شئت فأد المحاباة كلها لانه لزمه زيادة فى الثمن لم يرض هو به فيخير لذلك وان لم يكن على المولى دين وكان على العبد دين يحيط برقبته وبجميع ما فى يده فمحاباة العبد جائزة على غرمائه من ثلث مال المولى لان حكم الاذن لم يتغير بلحوق الدين اياه والمحاباة وان حانت على الغرماء فانما هى من مال المولى كذا فى المبسوط (قوله ولا وارث للعبد) ولا يقال ان المولى بمنزلة الوارث لانه رضى بسقوط حقه بالاذن فصار كالوارث اذا أسقط حقه فى

أبوه فى التجارة يجوز أن يبيع ويشترى بالغبن اليسير بالاتفاق وبالفاحش عند أبى حنيفة (ولو حابى العبد المأذون فى مرض موته اعتبر محاباته من جميع المال اذا لم يكن عليه دين) فينفذ وان زادت على الثلث (وان كان) عليه دين (فمن جميع ما بقى) يعنى يؤدى دينه أولا فما بقى بعد قضاء الدين يكون كله محاباة (لان الاقتصار فى الحر على الثلث لحق الورثة ولا وارث للعبد) لا يقال المولى وارث لانه رضى بالاذن بسقوط حقه ولهذا لو أسقط الوارث حقه فى الثلثين لنفذ تصرف المريض فى الكل (وان كان الدين محيطا بماله) تبطل المحاباة فـ(يقال للمشترى أد جميع المحاباة والا فاردد البيع كما فى الحر

يعني اذا حابى فى مرض موته (وللماذون أن يجعل نفسه رب السلم والمسلم اليه و يوكل بالبيع والشراء لان كل ذلك من صنيع التجار وهو لا يتفرغ بنفسه) فجاز الاستعانة بغيره (ويجوز له أن يرهن و يرتهن لانهما ايفاء واستيفاء وهما من توابع التجارة وعلك أن يتقبل الارض) أى يستأجرها (ويستاجر الاجراء والبيوت لان كل ذلك من صنيع التجار و ياخذ الارض مزارعة لان فيه تحصيل الربح) لانه ان كان البذر من قبله فهو مستاجر للارض ببعض الخارج وذلك انفع من الاستئجار بالدراهم لانه اذا لم يحصل خارج لا يلزمه شئ بخلاف الاستئجار بالدراهم وان كان البذر من قبل صاحب الارض فهو آجر نفسه من رب الارض لعمل الزراعة ببعض الخارج ولو آجر نفسه بالدراهم جاز كما سيجيء فكذا هذا (وله أن يشترى طعاما فيزرعه فى أرضه لانه يقصد به الربح قال صلى الله عليه وسلم الزارع يتاجر ربه وله أن يشارك شركة عنان (وليس له أن يشارك شركة مفاوضة لانها تنعقد على الوكالة والكفالة ولا تدخل تحت الاذن فلو فعل ذلك كانت عنانا لان فى المفاوضة عنانا وزيادة فصحت بقدر ما يملكه المأذون وهو الوكالة (ويدفع المال مضاربة وياخذها لانه من عادة التجار وله أن يؤاجر نفسه عندنا خلافا للشافعى رحمه الله) فى أحد قوليه (لانه لا يملك العقد على نفسه) لكونه نائبا عن مولاه فى التصرف فى كسبه ألا ترى أنه لا يملك بيع نفسه ولا رهنها بدين عليه (فكذا على منافعها لانها تابعة لها ولنا أن نفسه رأس ماله) لان المولى أذن له بالاكتساب ولم يدفع اليه مالا (و) ماهو رأس المال المأذون له بالاكتساب (يملك التصرف فيه) ضرورة والمأذون يملك التصرف فى نفسه والتصرف فيها اما أن يكون من حيث ذاتها بالبيع والهبة والرهن أو من حيث منافعها بالاجارة أن يكون من حيث ذاتها الثلا يعود على موضوعه بالنقض فانه ما أذن له الا للربح فلو جوزنا التصرف من حيث الذات أفضى الى عدم الربح فما فرضناه للربح لم يكن للربح هذا خلف باطل فتعين أن يكون من حيث المنافع وهو المقصود وقال (فان أذن له فى نوع منها دون غيره) قد تقدم أن الاذن عندنا فك الحجر

(وله أن يسلم ويقبل السلم) لانه تجارة (وله أن يوكل بالبيع والشراء) لانه قد لا يتفرغ بنفسه قال (ويرهن ويرتهن) لانهما من توابع التجارة فانه ايفاء واستيفاء (ويملك أن يتقبل الارض ويستأجر الاجراء والبيوت) لان كل ذلك من صنيع التجار (و ياخذ الارض مزارعة) لان فيه تحصيل الربح (ويشترى طعاما فيزرعه فى أرضه) لانه يقصد به الربح قال عليه الصلاة والسلام الزارع يتاجر ربه (وله أن يشارك شركة عنان ويدفع المال مضاربة وياخذها) لانه من عادة التجار (وله أن يؤاجر نفسه عندنا) خلافا للشافعى وهو يقول لا يملك العقد على نفسه فكذا على منافعها لانها تابعة لها ولنا أن نفسه رأس ماله فيملك التصرف فيه الا اذا كان يتضمن ابطال الاذن كالبيع لانه ينحجر به والرهن لانه يحبس به فلا يحصل مقصود المولى أما الاجارة فلا ينحجر به ويحصل به المقصود وهو الربح فيملكه قال (فان أذن له فى نوع منها دون غيره فهو ماذون فى جميعها) وقال زفر

بالنظر الى متحقق وهو الجواب عن بيع الاجنبى ماله وفى الرهن لم يصر سكوته اذنا لان جعله اذنا يبطل ملك المرتهن عن اليد وقد لا يصل الى يده من محل آخر فكان فى ذلك ضرر متحقق لا يقال الراهن أيضا يتضرر ببطلان ملكه عن الثمن فترجيح ضرر المرتهن تحكم لان بطلان ملكه عن الثمن موقوف لان بيع المرهون موقوف على ظاهر الرواية وبطلان ملك المرتهن عن اليد بات فكان أقوى وأما الرقيق عبدا كان أو أمة اذا زوج نفسه فانما لم يصر السكوت فيه اذنا قال بعض الشارحين نافلا عن مبسوط شيخ الاسلام لان السكوت انما يصير اذنا واجازة دفعا للضرر ولا ضرر على أحد فى نكاح العبد والامة لان النكاح يكون موقوفا لان نكاح المملوك بملك المولى لما فيه من اصلاح ملكه ومنافع بضع المملوكة كذلك وليس لاحد ابطال ملكه بغير رضاه فكان موقوفا وأمكن فسخه فلا يتضرر به أحد وقيل فيه نظر لانه لا كلام فى أن نكاح الرقيق موقوف على اذن المولى واجازته وانما هو فى أن سكوته اجازة أولا ولعل الصواب أن يقال أن فى ذلك ضررا محققا للمولى فلا يكون السكوت اذنا الى هنا لفظ العناية وقال بعض الفضلاء وعندى أن النظر غير وارد لان كون السكوت اذنا كان لاجل دفع الضرر فحيث لا ضرر يبقى على القياس ولا يجعل اذنا اهـ (أقول) كانه لم يفهم مراد من أورد النظر اذ لا كلام فى أن كون السكوت اذنا كان لاجل دفع الضرر وانما هو فى أن نكاح الرقيق هل فيه ضرر أم لا اذ لا شك أنه موقوف على اذن المولى فان كان سكوته اذنا تحقق الضرر فيه والا فلا فحيث احتمل أن يكون سكوته اذنا فى صورة تزويج الرقيق نفسه لم يفد كون نكاحه موقوفا على اذنه عدم ثبوت الضرر فيها

الثلثين فانه ينفذ تصرف المريض فى الكل (قوله وله ان يسلم و يقبل السلم) أى وللماذون أن يجعل نفسه رب السلم والمسلم اليه (قوله ويملك ان يتقبل الارض) أى يستأجرها (قوله وله أن يشارك شركة عنان) قيد بالعنان لانه ليس له أن يشارك شركة مفاوضة لانها تتضمن الكفالة وهو لا يملكها الا أن المفاوضة ان كانت لا تصح مفاوضة تصح عنانا لان فى المفاوضة عنانا وزيادة فصح بقدر ما يملكه المأذون وهو الوكالة ثم شركة العنان انما تصح منه اذا اشترك الشريكان مطلقا عن ذكر الشراء بالنقد والنسيئة أما لو اشترك العبدان المأذون لهما فى التجارة شركة عنان على أن يشتريا بالنقد والنسيئة بينهما لم يجز من ذلك النسيئة وجاز النقد لان فى النسيئة معنى الكفالة عن صاحبه والمأذون لا يملك الكفالة عن صاحبه وليس فى النقد معنى الكفالة عن صاحبه فيصح بقدر ما يملك ولا يصح بقدر ما لا يملك كما لو شارك شركة مفاوضة صح عنانا لذلك (قوله وله أن يؤاجر نفسه عندنا)

والشافعى لا يكون مأذونا الا فى ذلك النوع وعلى هذا الخلاف اذا نهاه عن التصرف فى نوع آخر لهما أن الاذن توكيل وانابة من المولى لانه يستفيد الولاية من جهته ويثبت الحكم وهو الملك له دون العبد ولهذا يملك حجره فيتخصص بما خصه به كالمضارب ولنا أنه اسقاط الحق وفك الحجر على ما بيناه وعند ذلك تظهر مالكية العبد فلا يتخصص بنوع دون نوع بخلاف الوكيل لانه يتصرف فى مال غيره فتثبت له الولاية من جهته وحكم التصرف وهو الملك واقع للعبد حتى كان

وان بنى عدم ثبوت الضرر فيها على عدم كون سكوته فيها اذنا لزم المصادرة اذ هو أول الكلام الذى طولب الفرق بينه وبين ما نحن فيه فى أصل السؤال وهذا هو المراد بقوله فى النظر وانما هو فى أن سكوته اجازة أولا تأمل تقف (قوله وعلى هذا الخلاف اذا نهاه عن التصرف فى نوع آخر) يعنى اذا نهاه عن التصرف فى نوع آخر من التجارة بعد أن أذن له فى نوع مخصوص منها فالخلاف فيه كالخلاف فيما اذا سكت عن النهى عن التصرف فى نوع آخر منها بعد أن أذن له فى نوع مخصوص منها والحاصل أنه سواء نهى عن غير ذلك النوع أو سكت عنه يكون مأذونا فى جميع التجارات خلافا لزفر والشافعى كما ذكر فى الايضاح ونقل عنه فى النهاية ومعراج الدراية قال صاحب العناية فى هذا المقام وكذا لو كان أذن له اذنا عاما ثم نهاه عن نوع اه (أقول) هذا الشرح لا يطابق المشروح اذ المراد به ما قررناه آنفا يدل عليه لفظ آخر فى قول المصنف اذا نهاه عن التصرف فى نوع آخر ويأبى ذلك ما قاله صاحب العناية قطعا كيف ومسئلة الاذن العام قد مرت مع متفرعاتها فى الصحيفة الاولى ونحن الآن بصدد بيان مسئلة الاذن فى نوع خاص فلا معنى لخلطه حديث الاذن العام ههنا كما لا يخفى (قوله ولنا أنه اسقاط الحق وفك الحجر على ما بيناه وعند ذلك تظهر مالكية العبد فلا يتخصص بنوع دون نوع) أقول لقائل أن يقول ان أريد أنه اسقاط الحق بجملته وفك الحجر برمته فهو ممنوع كيف ولو كان كذلك لصح

خلافا للشافعى رحمه الله لان عنده المأذون نائب عن المولى وهو انما جعله نائبا فى التصرف فى كسبه ومنافع يده ليست من كسبه وتصرفه فيه بعد الاذن كما قبله والدليل عليه ان رقبته ليست من كسبه لانه لا يملك بيعها ولا رهنها بدين عليه وما ليس من كسبه فهو لا يملك التصرف فيه بالاجارة * وأما عندنا الاذن فك الحجر عن المأذون بمنزلة الكتابة وللمكاتب أن يؤاجر نفسه فكذلك للمأذون ولا يقال الكتابة يتعلق بها اللزوم والاذن لا لانا نقول ان محل التصرف لا يختلف بكونه لازما أو غير لازم كالبيع مع الهبة فان محل التصرفين واحد وهو العين وان كان أحدهما يلزم والآخر لا يلزم ونحن انما شبهنا الاذن بالكتابة من حيث انه فك الحجر ثم انفكاك الحجر يثبت له اليد على منافعه فيملك الاعتياض عنها كما يملك المكاتب ولما كان للمأذون ان يعير غيره بمنافعه فلأن يكون له ان يؤاجر نفسه أولى لان الاجارة أقرب الى مقصود المولى من الاعارة وما ذكر الشافعى رحمه الله ينتقض بالحر فانه لا يملك بيع نفسه ويملك بيع منافعه (قوله ولنا انه اسقاط الحق وفك الحجر على ما بيناه) اشارة الى ما قال فى كتاب المأذون وفى الشرع فك الحجر واسقاط الحق لانه بعد الرق بقى أهلا للتصرف ولا يلزم ان المولى اذا أذن لعبده فى نكاح امرأة بعينها ليس له ان يتزوج غيرها مع ان الاذن فك الحجر لان النكاح ليس نظير التجارة لان النكاح تصرف مملوك للمولى عليه ولا صحة له الا بولى اما بولاية نفسه أو غيره عليه والرق يخرجه من ان يكون أهلا للولاية على نفسه فكان نائبا عن المولى فى النكاح ولهذا قلنا ان المولى يجبره على النكاح وتصرف النائب على قدر انابة الاصل (قوله بخلاف الوكيل لانه يتصرف فى مال غيره) قال الوكيل بالبيع يتصرف فى مال غيره والوكيل بالشراء يتصرف فى ذمة غيره لانه يثبت له حق الرجوع عليه ولم يكن للوكيل قبل التوكيل هذه الولاية وانما استفادها بالامر فصار نائبا وتصرف العبد يلاقى محلا هو ملكه والمتصرف فى ملكه لا يكون نائبا عن غيره بيانه ما ذكرنا ان أول التصرف بعد الاذن الشراء لانه لا يملك شيأ ليبيعه وبالشراء يلزم الثمن فى ذمته وهى مملوكة له ولهذا لا يملك المولى الشراء بثمن يجب فى ذمة عبده (قوله وحكم التصرف وهو الملك) أى ملك اليد واقع للعبد حتى كان له ان يصرفه الى قضاء الدين والنفقة

واسقاط الحق وعند زفر والشافعى رحمهما الله أنه توكيل وانابة وعلى ذلك تنبنى هذه المسئلة وهى أنه اذا أذن له فى نوع من التجارة كالبز مثلا دون غيره (كان مأذونا له فى جميع أنواعها عندنا وعندهما فى ذلك النوع خاصة وكذا لو كان أذن له اذنا عاما ثم نهاه عن نوع قالا الاذن توكيل وانابة من المولى لانه يستفيد الولاية من جهته والملك وهو الحكم يثبت له) أى للمولى (دون العبد ولهذا يملك حجره فيتخصص الاذن بما خصه به كالمضارب) اذا قال له رب المال اعمل مضاربة فى البز مثلا (ولنا أن الاذن باسقاط الحق وفك الحجر على ما بيناه) فى أول كتاب المأذون (وعند ذلك تظهر مالكية العبد فلا يتخصص بنوع دون نوع) لكون التخصيص

اذذاك تصرفا في ملك الغير وهو لا يجوز ونوقض بالاذن في النكاح فانه فك الحجر واسقاط الحق واذا أذن العبد أن يتزوج فلانة ليس له أن يتزوج غيرها وأجيب بان الاذن فيه تصرف في ملك نفسه لا في ملك الغير لان النكاح تصرف بملوك للمولى لانه لا يجوز الا بولي والرق أخرج العبد من أهلية الولاية على نفسه فكانت الولاية للمولى ولهذا جاز أن يجبره عليه فكان العبد كالوكيل والنائب عن مولاه فيتخصص بما خصه به من التصرف فان قيل قد تقدم أن الضرر اللاحق بالمولى يمنع الاذن وقد يتضرر المولى بغير ما خصه به من التصرف لجواز أن يكون العبد عالما بالتجارة في البز دون الخز أجيب بانه ضرر غير متحقق ولئن كان فله مدفع وهو التوكيل به على أن جواز التصرف بالغبن الفاحش عند أبي حنيفة رضي الله عنه يدفع ذلك و بالجملة اذا ثبت بالدليل أنه يتصرف باهليته ومالكيته فليس السؤال واردا (قوله بخلاف الوكيل) يجوز أن يكون جوابا عن قوله كالمضارب لان المضارب وكيل والوكيل يستفيد الولاية من جهته لانه يتصرف في مال غيره وقوله (وحكم التصرف) جواب لقوله ويثبت الحكم للمولى وهو ممانعة بالسند أي لا نسلم أن حكم التصرف وهو الملك واقع للمولى بل هو واقع للعبد حتى كان له أن يصرفه الى قضاء الدين و النفقة بغير اذن المولى وما استغنى عنه يخلفه المالك فيه وموضعه أصول الفقه قال (وان أذن (٢١٩) له في شيء بعينه) اذا أذن المولى في شيء بعينه مثل أن يقول اشتر هذا الثوب بعينه أو ثوبا للكسوة أو طعاما رزقا للاهل لم يكن ماذونا وهذا يفيد أن التخصيص قد يكون مفيدا اذا كان المراد به الاستخدام لانه لو جعل ذلك اذنا لانسد باب الاستخدام لافضائه الى أن من أمر عبده بشراء بقل بفلسين كان ماذونا يصح اقراره بديون تستغرق رقبته ويؤاخذ بها في الحال فلا يستجرئ أحد على استخدام عبده فيما اشتدت اليه حاجته لان غالب استعمال العبد في شراء الاشياء الحقيرة فلابد من حد فاصل بين الاستخدام والاذن بالتجارة وهو أنه ان أذن بتصرف يتكرر صريحا مثل أن يقول اشتر لي ثوبا و بعه أو قال بع هذا الثوب واشتر بثمنه أو دلالة كما اذا قال أد الى الغلة كل شهر أو أد الى ألفا وأنت حر فانه طلب منه المال وهو لا يحصل الا بالتكسب فهو دلالة التكرار أو قال اقعد صباغا أو قصارا لانه أذن بشراء ما لا بد له منه دلالة وهو نوع من الانواع يتكرر بتكرر العمل المذكور كان ذلك اذنا وان أذن بتصرف غير مكرر كطعام أهله وكسوتهم لا يكون اذنا ونوقض بما اذا غصب العبد متاعا وأمره مولاه ببيعه فانه اذن في التجارة وليس الامر بعقد مكرر والجواب أنه أمر بالعقد المكرر دلالة وذلك لان تخصيصه ببيع المغصوب باطل لعدم ولايته عليه والاذن قد صدر منه صريحا فاذا بطل التقييد ظهر الاطلاق وكلام المصنف رحمه الله يشير الى أن الفاصل هو التصرف النوعي والشخصي والاذن بالاول دون الثاني فتأمل

له أن يصرفه الى قضاء الدين والنفقة وما استغنى عنه يخلفه المالك فيه قال (وان أذن له في شيء بعينه فليس بمأذون) لانه استخدام ومعناه أن يامره بشراء ثوب معين للكسوة أو طعام رزقا لاهله وهذا لانه لو صار مأذونا ينسد عليه باب الاستخدام بخلاف ما اذا قال اد الى الغلة كل شهر كذا أو قال أد الى ألفا وأنت حر لانه طلب منه المال ولا يحصل الا بالكسب أو قال له اقعد صباغا أو قصارا لانه أذن بشراء ما لا بد له منه وهو نوع فيصير ماذونا

هبته واقراضه ونحوهما من التبرعات وليس كذلك قطعا كما سياتي في الكتاب وان أريد أنه اسقاط الحق وفك الحجر في بعض التصرفات فهو مسلم لكن لا يثبت به المدعى اذ لا يلزم منه اسقاطه وفكه في جميع التصرفات حتى يلزم أن يكون ماذونا له في جميعها كما هو المدعى فان قلت المراد أنه اسقاط الحق وفك الحجر في بعض معين من التصرفات وهو جنس التجارة والمدعى كونه ماذونا له في جميع أنواع هذا الجنس لا في جميع أنواع أجناس التصرفات فلا يرد النقض بالتبرعات ولا عدم ثبوت المدعى قلت فلقائل أن يقول ان أريد بقوله فلا يتخصص بنوع دون نوع أنه لا يتخصص بذلك اذا أطلقه ولم يقيده بنوع فهو مسلم لكن لا يجدي طائلا لان ما نحن فيه صورة التقييد وان أريد بذلك أنه لا يتخصص بنوع دون نوع وان قيده بذلك فهو ممنوع كيف

وما استغنى عنه يخلفه المالك فيه واذا كان الاذن من المولى اسقاطا لحقه لا انابة العبد مناب نفسه في التصرف فلا يعتبر تقييده بنوع دون نوع كما اذا رضي المستأجر ببيع عبده من زيد دون عمرو وسلم البائع المبيع الى المشتري قبل نقد الثمن على ان يتصرف فيه نوعا من التصرف دون نوع فانه لا يعتبر التقييد لان ذلك منه اسقاط لحق المنع (قوله ومعناه ان يامره بشراء ثوب للكسوة) قيد به لانه انما يكون استخداما اذا أمر بتصرف واحد أما اذا قال اشتر لي ثوبا فبعه يكون ماذونا (قوله لانه لو صار ماذونا ينسد عليه باب الاستخدام) فان كل من علم أنه لو أذن لمملوكه في شراء بقل أو جد بفلس أو ما أشبه ذلك يصير ماذونا في التجارة فبعد ذلك يصح اقراره على نفسه بديون التجارة بحيث يتوى بذلك رقبته وكسبه فيمتنع عن استخدام مملوكه في ذلك فيفوت عليه مقاصده في الاستخدام فلهذا الضرورة جعلنا الاذن في بعض الصور اذنا في التجارة وفي بعضها جعلناه

(قوله اذذاك تصرفا في ملك الغير وهو لا يجوز) أقول لا يقال فينبغي أن لا يجوز الحجر بعد الاذن لان التصرف في ملك الغير انما يكون اذا كان للغير ملك وفي الحجر بعد الاذن ليس كذلك تامل (قوله وأجيب بان الاذن فيه تصرف الخ) أقول يعني لا نسلم أنه فك الحجر واسقاط الاذن بل هو توكيل وانابة (قوله فليس السؤال واردا) أقول السؤال معارضة فما لم تظهر قوة هذا الدليل لا يندفع السؤال (قوله لعدم ولايته عليه) أقول فلا يمكن حمله على الاستخدام اذ لا ملك له فيه

استجلابا للقلوب الجاهزين بخلاف المحجور عليه لانه لا اذن له أصلا فكيف يثبت ما هو من ضروراته وعن أبي يوسف أن المحجور عليه اذا أعطاه المولى قوت يومه فدعا بعض رفقائه على ذلك الطعام فلا بأس به بخلاف ما اذا أعطاه قوت شهر لانهم لو أكلوه قبل الشهر يتضرر به المولى قالوا ولا بأس للمرأة أن تتصدق من منزل زوجها بالشئ اليسير كالرغيف ونحوه لان ذلك غير ممنوع عنه في العادة قال (وله أن يحط من الثمن بالعيب مثل ما يحط التجار) لانه من صنيعهم وربما يكون الحط أنظر له من قبول المعيب ابتداء بخلاف ما اذا حط من غير عيب لانه تبرع محض بعد تمام العقد فليس من صنيع التجار ولا كذلك المحاباة في الابتداء لانه قد يحتاج اليها على ما بيناه (وله أن يؤجل في دين وجب له) لانه من عادة التجارة قال (وديونه متعلقة برقبته يباع للغرماء

ما ثبت بالدليل لا محالة والا يلزم أن ينسد باب المعارضة بالكلية لانها اقامة الدليل على خلاف ما أقام عليه الخصم الدليل مع أنها طريق مقبول لم ينكره أحد ولا شك أن السؤال المزبور معارضة فالوجه في الجواب عنه ما ذكره في أوائل جوابه دون قوله هذا (قوله وديونه متعلقة برقبته يباع للغرماء) أي يبيعه القاضي لدين الغرماء بغير رضا المولى فان قيل ما وجه البيع على قول أبي حنيفة وهو لا يرى الحجر على الحر العاقل بسبب الدين وبيع القاضي العبد بغير رضا مولاه حجر عليه أجيب بان ذلك ليس بحجر عليه لانه كان قبل ذلك محجورا عن بيعه اذ لا يجوز للمولى بيع العبد المديون بغير رضا الغرماء وحجر المحجور غير متصور فكان كالتركة المستغرقة بالدين في جواز أن يبيعها القاضي على الورثة ان امتنعوا عن قضاء الدين فانه لا يعد حجرا لكونهم محجورين عن بيعها قبل ذلك بغير رضا الغرماء كذا في العناية وعامة الشروح وعزاه في النهاية ومعراج الدراية الى الذخيرة (أقول) في الجواب نظر لانه لا يحسم مادة الاشكال اذ لسائل أن يعيد الكلام الى كونه محجورا عن بيعه قبل ذلك فانه يقتضي الحجر على الحر العاقل بسبب الدين فيشكل على أصل أبي حنيفة ثم ان الفرق بينه وبين التركة المستغرقة بالدين ظاهر اذ لا يثبت الملك للورثة في التركة المستغرقة بالدين لان حق الغريم يقدم على حق الوارث ولهذا اذا أعتق الورثة عبدا من التركة المستغرقة بالدين لا ينفذ اعتاقهم بخلاف العبد المأذون له فان ملك المولى فيه باق ولهذا ينفذ اعتاقه اياه وسيأتي ذلك كله في الكتاب فسبب كون الورثة محجورين عن بيع التركة المستغرقة بالدين انما هو عدم كونها ملكا لهم فلا ينتقض به أصل أبي حنيفة وهو أن لا يرى الحجر بسبب الدين وأما كون المولى محجورا عن بيع عبده المأذون له فلا سبب له سوى الدين فيلزم

لانه لا يملك الكتابة مع ان المكاتب عبد ما بقي عليه درهم فأولى ان لا يملك الاعتاق على مال لانه اعتاق في الحال (قوله لانه قد يحتاج اليها على ما بيناه) اشارة الى قوله استجلابا بالقلوب للجاهزين (قوله يباع للغرماء) أي يبيعه القاضي وهذا لا يشكل على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لان الدين لو كان على المولى وقد امتنع عن قضائه كان للقاضي على قولهما ان يبيع عليه ماله بغير رضاه ويقضي دينه فاذا كان الدين على العبد أولى لان دين العبد متعلق بالعبد ودين الحر لا يتعلق بماله ما لم يعرض مرض الموت وانما يشكل على أصل أبي حنيفة رحمه الله لان من أصله ان الحر اذا ركبه ديون وأمره القاضي بايفاء الديون ولم يوف وأراد ان يبيع عليه ماله بغير اذنه ليس له ذلك بل يجبر على البيع وقضاء الدين بالحبس حتى يبيع بنفسه والجواب عنه ان أبا حنيفة رحمه الله انما قال في الحر لا يبيع القاضي عليه ماله لما فيه من الحجر عليه فانه كان يملك بيع ماله بنفسه فاذا باع عليه القاضي بغير اذنه كان حجرا عليه وأبو حنيفة رحمه الله لا يرى الحجر على الحر المكلف فاما ليس في بيع المأذون على المولى بغير رضاه حجر على المولى لان المولى قبل ذلك محجور عن بيعه فانه لو باع العبد المأذون المديون بغير رضا الغرماء لا ينفذ واذا كان محجورا عن بيع العبد قبل بيع القاضي لم يكن بيع القاضي حجرا لمجاز وكان هذا بمنزلة التركة اذا كانت مستغرقة بالدين كان للقاضي ان يبيع التركة على الورثة اذا امتنعوا عن قضاء الدين من مالهم بغير رضاهم ولم يعد ذلك حجرا على الورثة لانهم كانوا محجورين عن بيع التركة قبل ذلك متى كانت مستغرقة بالدين بغير رضا الغرماء فكذا ههنا فان قيل يشكل بيع الكسب

يشير الى أن اهداء غير المأكولات لا يجوز أصلا والاهداء اليسير راجع الى الضيافة اليسيرة والضيافة اليسيرة معتبرة بمال تجارته قال محمد بن سلمة رحمه الله ان كان مال تجارته مثلا عشرة آلاف درهم فاتخذ ضيافة بمقدار عشرة كان يسيرا وان كان مال تجارته عشرة دراهم مثلا فاتخذ ضيافة بمقدار دانق فذلك يكون كثيرا عرفا والهدية بالمأكول كالضيافة به والقياس أن لا يصح شئ من ذلك لانه تبرع لكن تركناه في اليسير لانه من ضرورات التجارة استجلابا للقلوب بالمجاهزين والمجاهز هو الغني من التجار فكأنه أريد المجهز وهو الذي فرف يبعث التجار بالجهاز وهو فاخر المتاع أو يسافر به الى الجاهز كذا في المغرب وباقي كلامه ظاهر قال (وديونه متعلقة برقبته) اذا وجب ديون على المأذون بالتجارة أو بما هو في معناها فان كان له كسب بيع بدينه بالاجماع وان لم يكن له كسب وتعلقت برقبته (يباع للغرماء الا

الا أن يفديه المولى) وقال زفر والشافعى لا يباع ويباع كسبه فى دينه بالاجماع لهما أن غرض المولى من الاذن تحصيل مال لم يكن لا تفويت مال قد كان له وذلك فى تعليق الدين بكسبه حتى اذا فضل شئ منه عن الدين يحصل له لا بالرقبة بخلاف دين الاستهلاك لانه نوع جناية واستهلاك الرقبة بالجناية لا يتعلق بالاذن ولنا أن الواجب فى ذمة العبد ظهر وجوبه فى حق المولى فيتعلق برقبته استيفاء كدين الاستهلاك والجامع دفع الضرر عن الناس وهذا لان سببه التجارة وهى داخلة تحت الاذن

أن ينتقض به أصله كما لا يخفى فتامل (قوله الا أن يفديه المولى) قال صاحب العناية وقوله الا أن يفديه المولى اشارة الى أن البيع انما يجوز اذا كان المولى حاضرا لان اختيار الفداء من الغائب غير متصور اه (أقول) فيه بحث لان قوله الا أن يفديه المولى انما يشير الى أن عدم جواز البيع عند الفداء كما هو الحاصل من الاستثناء لانه انما يتصور اذا كان المولى حاضرا بناء على أن اختيار الفداء من الغائب غير متصور وأما ان البيع انما يجوز اذا كان المولى حاضرا فلا اشارة فى قوله المذكور اليه لان الفداء من المولى انما يتصور عند حضور المولى أو نائبه وأما عدم الفداء منه فكما يتصور عند حضور المولى أو نائبه كذلك يتصور عند غيبتهما أيضا كما لا يخفى والبيع انما يجوز فيما اذا لم يقع الفداء من المولى كما هو الحاصل من الباقى بعد الثنيا فى المسئلة المذكورة فاما تصور عدم الفداء فى كل من صورتى الحضور والغيبة احتمل جواز البيع فى كل من تينك الصورتين أيضا فمن أين حصلت الاشارة الى انحصار جوازه فى صورة حضور المولى نعم البيع انما يجوز اذا كان المولى حاضرا كما صرحوا به فى الشروح وعامة المعتبرات حيث قالوا هذا اذا كان المولى حاضرا فاما اذا كان غائبا فانه لا يبيع العبد حتى يحضر المولى فان الخصم فى رقبة العبد هو المولى فلا يجوز البيع الا بحضرته أو بحضرة نائبه بخلاف الكسب فانه يباع بالدين وان كان المولى غائبا لان الخصم فيه هو العبد اه لكن الكلام فى حصول الاشارة اليه فى قول المصنف الا أن يفديه المولى كما ادعاه صاحب العناية تدبر (قوله وهذا لان سببه التجارة وهى داخلة تحت الاذن) قال صاحب العناية وهذا اشارة الى دفع الضرر وبيانه أن سبب هذا الدين التجارة لانه المفروض والتجارة داخلة تحت الاذن بلا خلاف فسببها داخل تحته واذا كان داخلا تحته كان ملتزما فلو لم يتعلق برقبته استيفاء كان اضرارا لان الكسب قد لا يوجد والعتق كذلك فتتوى حقوق الناس وقال ويجوز أن يكون بيانا لقوله ظهر وجوبه فى حق المولى آه (أقول) لا يخفى على ذى فطرة سليمة أن الاوجه هو الذى ذكره ثانيا بقوله ويجوز أن يكون بيانا الخ وان كان أسلوب تحريره يشعر بخلافه وذلك لان كون سبب الدين التجارة وكون التجارة داخلة تحت الاذن لا مدخل لخصوصية شئ منهما فى حق تضرر الناس فانهم يتضررون بتوى حقهم سواء كان سبب الدين التجارة أو غيرها كصداق امرأة تزوجها

فانه يبيع الكسب على العبد بغير اذنه والعبد كان يملك بيع العبد كالحر المديون فكان يجب ان لا يبيع الكسب بغير رضا العبد بل يحبسه حتى يبيع قلنا الجواب عنه ان أبا حنيفة رحمه الله انما لا يرى الحجر على الحر المكلف فاما العبد فيرى الحجر عليه ألا ترى ان المولى يحجره فكذا جاز حجر القاضى عليه ببيع الكسب عليه هذا اذا كان المولى حاضرا فاما اذا كان غائبا فانه لا يبيع العبد حتى يحضر المولى فان الخصم فى رقبة العبد المولى لم دون العبد ألا ترى انه لو ادعى انسان فى رقبة العبد حقا فان العبد لا ينتصب خصما فاذا كان الخصم هو المولى يجز البيع الا بحضرته أو بحضرة نائبه بخلاف الكسب فانه يبيعه بالديون وان كان غائبا لان الخصم فى الكسب هو العبد دون المولى ألا ترى انه ادعى انسان فى كسبه حقا كان الخصم فى ذلك هو العبد واذا كان العبد خصما فى حق الكسب يشترط حضرة العبد (قوله الا أن يفديه المولى) أى يؤدى جميع الديون ولم يرد به أداء قيمته وهذا لان حق الغرماء هو الدين فاذا استوفاه لم يبق لهم حق المطالبة بالبيع (قوله وذلك فى تعلق الدين بكسبه) أى تحصيل مال لم يكن لا تفويت مال قد كان فى تعلق الدين بكسبه لا بالرقبة (قوله بخلاف دين الاستهلاك) فانه يباع فيه لانه لا تعلق له بالاذن فان وجوبه بالجناية وقبل الاذن يباع بدين

أن يفديه المولى وقال زفر والشافعى رحمهما الله لا يباع) لان غرض المولى من الاذن تحصيل مال له لم يكن حاصلا لا تفويت مال حاصل وذلك أى غرض المولى حاصل فى تعلق الدين بكسبه حتى اذا فضل شئ منه عن الدين يحصل للمولى وقوله (لا بالرقبة) معطوف على قوله بكسبه فان قيل اذا استهلك شيأ تعلق دينه برقبته يباع فيه فهذا كذلك أجاب بقوله (بخلاف دين الاستهلاك لانه نوع جناية واستهلاك الرقبة بالجناية لا يتعلق بالاذن) ولهذا لو كان محجورا عليه بيع بذلك وليس الكلام فى ذلك وانما الكلام فيما يتعلق بالاذن (ولنا أن ذلك دين واجب فى ذمة العبد ظهر وجوبه فى حق المولى) بالاذن وهذا ظاهر (و) كل دين ظهر وجوبه فى حق المولى (تعلق برقبة العبد استيفاء كدين الاستهلاك والجامع دفع الضرر عن الناس) (قوله وهذا) اشارة

(قوله وهذا اشارة) أقول ولعل الاولى أن يكون قول المصنف وهذا اشارة الى تعلق الدين برقبته

الى دفع الضرر وبيانه أن سبب هـذا الدين التجارة لانه المفروض والتجارة داخـلة تحت الاذن بلاخلاف فسببها داخل تحتـه واذا كان داخلا تحته كان ملتزما فلولم يتعلق برقبته استيفاء كان اضرارا لان الكسب قد لا يوجد والعتق كذلك فتتوى حقوق الناس ويجوز أن يكون بيانا لقوله ظهر وجوبه فى حق المولى وقوله (وتعلق الدين برقبته استيفاء) جواب عن قولهما ان غرض المولى من الاذن تحصيل ماله الخ وبيانه أن الدين اذا تعلق برقبته استيفاء وعلم المعاملون ذلك كان ذلك حاملا على المعاملة فتكثر المعاملة معهم ويزداد الربح بخلاف ما اذا لم يكن كذلك فان خوف التوى يمنعهم عن ذلك ففى هـذا الوجـه يصلح أن يكون غرضا للمولى فان قيـل لا يصلح أن يكون غرضا للمولى لانه يتضرر به والضرر لا يكون غرضا أجاب بقوله (وينعـدم الضرر فى حقه بدخول المبيع فى ملكه) وفيه اشكال وهو أن المبيع ان كان باقيا وفيه وفاء بالديون لا يتحقق بيع العبد وان لم يكن باقيا أو كان وليس فيه وفاء لم يكن دخوله فى ملكه دافعا الضرر وأجيب عنه بان المراد به مبيع قبضه المولى حين لا دين على العبـد ثم ركبته ديون فانه لا يجب على المولى رده ان كان باقيا ولا ضمانه ان لم يكن بل يباع العبد بالدين ان اختاره المولى ويكون البيع جابر لما فات من العبد والظاهر أن (٢٢٤) الدين لما استغرق رقبة العبد كانت قيمة المبيع مساوية لقيمة العبد قيل وليس بواضح وذلك لانه لا تنافى بينهما غير أنه يبدأ بالكسب فى الاستيفاء نظرا للجانبين وعند عـدمه يستوفى من الرقبة لانه لا دليل على ظهور ذلك على أنه مخصوص بما اذا قبض مبيعا قبل تركب الديون دون غيره بل الواضح فيه أن يقال المراد بالديون ما وجب بالتجارة كما ذكر فى الكتاب وذلك لا يكون الا بعد دخول مبيع أو ما هو فى معناه فى ملك المولى ودخوله فى ملكه يقابل ما يفوته وهلاكه فى ملكه لا يخرجه عـن المقابلة والظاهر أنه يكون بمقدار ما يؤدى من قيمة العبد لان الشراء بغبن نادر ومعنى هذا الكلام أن المولى كأنه اشـترى الديون التى عـلى العبـد بالعبد ولو لم تكن مساوية لقيمتـه كان ذلك شراء بغبن وهو نادر وتحقيقه أنها لو لم تكن مساوية لحق لاختار أداء الديون دون بيع العبد والجواب الاول على مذهب أبى حنيفة رضى الله عنه وهو مخصوص بما ذكر المعترض والثانى عام لكنه انما يسـتقيم على مذهبهما فان المولى ملك كسب العبد المأذون المديون عندهما كما سيجىء وقوله (وتعلقه بالكسب) جواب عما قال أجمعنا أنه تعلق بالكسب فكيف يتعلق بعد ذلك بالرقبة وذلك لانه لا تنافى بينهما غـير أنه يبدأ بالكسب فى الاستيفاء نظرا للجانبين وعند عدمه يستوفى من الرقبة دفعا للضرر عن الناس كما تقدم وقوله الا أن يفديه المولى اشارة الى أن البيع انما يجوز اذا كان المولى حاضرا لان اختيار الفـداء من

وتعلق الدين برقبته استيفاء حامل على المعاملة فمن هذا الوجه صلح غرضا للمولى وينعدم الضرر فى حقه بدخول المبيع فى ملكه وتعلقه بالكسب لا ينافى تعلقه بالرقبة فيتعلق بهما غير أنه يبدأ بالكسب فى الاستيفاء ايفاء

العبـد المأذون بغير اذن المولى وسواء كانت التجارة تجارة داخلة تحت الاذن أو تجارة غـير داخلة تحته كما اذا لحق بالعبـد المحجور دين بسبب التجارة وأما فى حق ظهور وجوب الدين فى حق المولى فلخصوصية كل واحد منهـما مدخل لا محالة فبالحمـل على المعنى الاول لا يتم الفائدة والتقريب وأما بالحمل على المعنى الثانى فيتم كل ذلك لان المانع عن تعلق الدين برقبة العبـد المحجور كان لزوم ابطال حق المولى من غير رضاه واذا ظهر وجوب الدين فى ذمة العبـد المأذون فى حق المولى بدخول سببه تحت اذن المولى زال ذلك المانع قطعا فتعلق الدين برقبتـه ومما يقرر المعنى الثانى تحرير صاحب الكافى دليلنا ههنا حيث قال ولنا أن هـذا دين ظهر وجوبه فى حق المولى لانه وجب بسبب التجارة واذنه قـد ظهر فى حق التجارة فتباع رقبة العبـد فيه كدين الاستهلاك دفعا للضرر عن الناس وكذا تحرير صاحب الغاية اياه حيث قال ولنا أنه دين واجب على العبد ظهر وجوبه فى حق المولى فيتعلق برقبته قياسا على دين الاستهلاك أما وجوبه على العبد فظاهر وأما ظهوره فى حق المولى فلان سبب الدين هو التجارة باذن المولى فكان ظاهرا فى حق المولى لا محالة واذا ظهر فى حق المولى تعلق برقبته استيفاء كما فى دين الاسـتهلاك بخلاف ما اذا أقر المحجور حيث يثبت الدين عليه ولا يظهر فى حق المولى لعدم اذنه اهـ كلامه ثم ان بعض الفضلاء قال ههنا ولعل الاولى أن يكون قول المصنف وهذا اشارة الى تعلق الدين برقبته اهـ وكأنه أخذ هذا المعنى مما ذكره صاحب معراج الدراية فى شرح هذا المحل حيث قال قوله وهذا أى كون دين تجارته متعلقا برقبته باعتبار أن سببها التجارة وهى أى التجارة داخلة تحت الاذن اهـ (أقول) هذا الاحتمال ههنا ليس بشئ لان تعلق الدين برقبته أصل المدعى الذى وقع فيه الخـلاف لزفر والشافعى ولو كفى فى اثبات ذلك قوله لان سببه التجارة وهى داخلة تحت الاذن لكان باقى المقدمات المذكورة فى دليلنا المزبور

الاستهلاك فكذا بعده (قوله حامل على المعاملة) أى حامل الغير على معاملة المأذون وينعـدم الضرر فى

(قوله الى دفع الضرر) أقول يعنى الضرر الحاصـل بتعلق الدين برقبته (قوله قيل وليس بواضح قوله لانه لا دليل الخ) أقول وفيـه بحث فان ندور الشراء بغـبن يوضحه (قوله ومعنى هذا الكلام الخ) أقول فيـه تامل (قوله والجواب الاول على مذهب أبى حنيفة رضى الله عنه وهو مخصوص بما ذكر المعترض والثانى عام لكنه انما يستقيم على مذهبهما الخ) أقول قوله الاول أراد به ما تقدم بتسعة أسطر تخمينا وهو قوله وأجيب عنه بان المراد به مبيع قبضه الخ وقوله بما ذكر المعترض أراد به ما تقدم بسـتة أسطر تخمينا وهو قوله على أنه مخصوص بما اذا قبض مبيعا الخ وقوله والثانى أراد به ما تقدم باسطر وهو قوله بل الواضح الخ

الغائب غير متصور لان الخصم في رقبة العبد هو المولى فلا يجوز البيع الا بحضرته أو بحضرة نائبه بخلاف بيع الكسب فانه لا يحتاج الى حضور المولى لان العبد خصم فيه فان قيل ما وجه البيع على قول أبي حنيفة رحمه الله وهو لا يرى الحجر على الحر العاقل بسبب الدين و بيع القاضي العبد بغير أمر مولاه حجر عليه أجيب بان ذلك ليس بحجر عليه لانه كان قبل ذلك محجورا عن بيعه اذ لا يجوز للمولى بيع العبد المديون بغير رضا الغرماء وحجر المحجور غير متصور وهو كالتركة المستغرقة بالدين في جواز أن يبيعها القاضي على (٢٢٥) الورثة اذا امتنعوا عن قضاء الدين فانه لا يعد حجرا لكونهم محجورين عن بيعها قبل ذلك بغير رضا الغرماء (قوله وقوله في الكتاب) يعني مختصر القدوري ومعناه ظاهر قال (ويقسم ثمنه بينهم بالحصص) اذا باع القاضي العبد يقسم ثمنه بين الغرماء بالحصص (لتعلق حقهم بالرقبة فصار كتعلق الحقوق بالتركة) وان لم يكن وفاء بالثمن يضرب كل غريم في الثمن بقدر حقه كالتركة اذا ضاقت عن ايفاء حقوق الغرماء (فان بقي عليه شئ من دونه) أي ديون العبد (طولب به بعد الحرية لتقرر الدين في ذمته وعدم وفاء الرقبة به) ولا سبيل لهم عليه قبلها لانه صار ملكا للمشتري والدين ما وجب باذنه فلا يظهر في حقه (ولا يباع ثانيا كي لا يمتنع البيع) فان المشتري اذا علم أن العبد الذي يشتريه يباع في يده ثانيا بدون اختياره امتنع عن شرائه فلا يحصل البيع الاول و يتضرر الغرماء (أو دفعا للضرر عن المشتري) لانه لم يأذن له في التجارة فلم يكن راضيا ببيعه بسبب الدين فلو بيع عليه معه تضرر به ولا يلزم ما لو اشتراه

لحق الغرماء وابقاء لمقصود المولى وعند انعدامه يستوفى من الرقبة وقوله في الكتاب دونه المراد منه دين وجب بالتجارة أو بما هو في معناها كالبيع والشراء والاجارة والاستئجار وضمان الغصوب والودائع والامانات اذا جحدها وما يجب من العقر بوطء المشتراة بعد الاستحقاق لاستناده الى الشراء فيلحق به قال (ويقسم ثمنه بينهم بالحصص) لتعلق حقهم بالرقبة فصار كتعلقها بالتركة (فان فضل شئ من دونه طولب به بعد الحرية) لتقرر الدين في ذمته وعدم وفاء الرقبة به (ولا يباع ثانيا) كي لا يمتنع البيع أو دفعا للضرر عن المشتري (و يتعلق دينه بكسبه سواء حصل قبل لحوق الدين أو بعده و يتعلق بما يقبل من الهبة) لان المولى انما يخلفه في الملك بعد فراغه عن حاجة العبد ولم يفرغ

مستدركة ولا يخفى أن العمدة في اثبات مطلوبنا هذا انما هي قوله ظهر وجوبه في حق المولى فهو المحتاج الى البيان وتعلق الدين برقبته نتيجة متفرعة عليه ولذلك فرع عليه المصنف اياه بقوله فيتعلق برقبته فالوجه أن تكون كلمة هذا في قوله وهذا اشارة الى ظهور وجوب ذلك الدين في حق المولى لا غير وهذا كله يظهر بالتأمل الصادق (قوله و يقسم ثمنه بينهم بالحصص لتعلق حقهم بالرقبة فصار كتعلقها بالتركة فان فضل شئ من دونه طولب به بعد الحرية لتقرر الدين في ذمته وعدم وفاء الرقبة به) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام اذا باع القاضي العبد يقسم ثمنه بين الغرماء بالحصص لتعلق حقهم بالرقبة فصار كتعلق الحقوق بالتركة وان لم يكن بالثمن وفاء يضرب كل غريم في الثمن بقدر حقه كالتركة اذا ضاقت عن ايفاء حقوق الغرماء فان بقي عليه شئ من دونه أي ديون العبد طولب به بعد الحرية لتقرر الدين في ذمته وعدم وفاء الرقبة به اهـ كلامه (أقول) في تقريره خلل فان ذكر قوله فان بقي عليه شئ من دونه بطريق الشرطية سيما مع أداة التفريع بعد أن قال وان لم يكن بالثمن وفاء ليس بمستقيم لانه اذا لم يكن بالثمن وفاء يتعين بقاء شئ من دونه عليه فما معنى الشرطية وكان حق التحرير أن يقول فما بقي عليه شئ من دونه طولب به بعد الحرية بخلاف قول المصنف فان فضل شئ من دونه طولب به بعد الحرية فانه في موقعه اذ لم يعين فيما قبله عدم وفاء الثمن بالدون بل انما ذكر مجرد تقسيم ثمنه بينهم بالحصص فاحتمل أن يكون بالثمن وفاء وأن لا يكون فحسنت الشرطية وأداة التفريع كما لا يخفى (قوله لان المولى انما يخلفه في الملك بعد فراغه عن حاجة العبد ولم يفرغ) قال صاحب العناية بعد قوله ولم

حقه أي في حق المولى (قوله كالبيع والشراء) نظير قوله دين وجب بالتجارة وقوله والاجارة والاستئجار الى آخره نظير قوله أو بما هو في معناها وصورة وجوب الدين بالبيع هو ان يبيع و يستحق المبيع والثمن هلك في يده (قوله والاجارة) بان يستعجل الاجرة ثم هلك المستأجر قبل تمام المدة (قوله والامانات اذا جحدها) ذكر الامانات بعد ذكر الودائع لان الامانة أعم من الوديعة ومن أنواع الامانات مال المضاربة والعارية والبضاعة ومال الشركة وهذه الاشياء عند الجحود تنقلب غصبا فكان الضمان الواجب بهذه الاشياء ضمان غصب لان الامين يصير غاصبا للامانة بالجحود (قوله وما يجب من العقر بوطء المشتراة بعد الاستحقاق لاستناده الى الشراء) فانه لولا الشراء لوجب عليه الحد ولم يجب عليه العقر وسواء ثبت باقراره أو بالبينة (قوله كيلا يمتنع) يعني ان المشتري اذا علم ان العبد الذي اشتراه يباع في يده ثانيا بدون اختياره كما في حق المولى بالاذن في التجارة يمتنع عن شرائه فيمتنع البيع الاول حينئذ فيتضرر الغرماء فلذلك قلنا انه لا يباع ثانيا (قوله أو دفعا للضرر عن المشتري) لان المشتري لم يأذن له في التجارة فلم يكن راضيا ببيعه بسبب الدين فلو

البائع الآذن فانه لا يباع عليه ثانيا وان كان راضيا بالبيع لان الملك قد تبدل وتبدل الملك كتبدل الذات (قوله و يتعلق دينه بكسبه) لبيان الكسب الذي يبدأ به والذي لا يبدأ به فالكسب الذي لم ينزعه المولى من يده يتعلق به الدين (سواء كان حصل قبل لحوق الدين أو بعده و يتعلق بما قبله من الهبة لان المولى انما يخلفه في الملك بعد فراغه عن حاجة العبد ولم يفرغ)

(قوله ولا سبيل لهم) أقول باخذ كسبه (قوله فلم يكن راضيا ببيعه) أقول اذا علم أنه يباع ثانيا يكون راضيا به

فكان ككسب غير منتزع (ولم يتعلق بما انتزعه المولى من يده قبل الدين لحصول شرط الخلوص له) وهو خلوص ذمة العبد عن الدين حال أخذ المولى ذلك (وللمولى أن يأخذ غلة مثله) والغلة كل ما يحصل من ريع الارض أو كرائها أو أجرة غلام أو نحو ذلك ومعناه له أن يأخذ الضريبة التى ضربها عليه فى كل شهر بعد ما لزمته الديون كما كان يأخذه قبل ذلك وما زاد على ذلك من ريعه كان للغرماء ولا يأخذ أكثر مما كان يأخذه قبل الديون والقياس أن لا يأخذ أصلا وان أخذ شيأ رده لانه أخذ من كسبه وكسبه حق الغرماء ولكنه استحسن فقيل لسلامة المقر قبله للمولى لان فى أخذ المولى ذلك منفعة للغرماء بابقائه على الاذن بسبب ما يصل اليه من الغلة فلو لم يمكن من ذلك لحجر عليه فلا يحصل الكسب وأما الزيادة على ذلك فلا يأخذه لعدم الضرورة حيث لا يعد ذلك من باب تحصيل الغلة فان أخذها ردها على الغرماء لتقدم حقهم فيها ثم اذن المولى لعبده اما أن يكون شائعا أو لا فان كان الاول لم ينحجر بحجره حتى يظهر الحجر له ولا كثر أهل سوقه لئلا يتضرر الناس بما لم يرضوا به من تأخر حقهم الى ما بعد العتق لما لم يتعلق حقهم برقبته وكسبه لان العبد ان اكتسب شيأ أخذه المولى وان لحقه دين أقام البينة أنه كان قد حجر عليه فيتأخر حقهم الى ما بعد العتق وهو موهوم وقد بايعوه على رجاء ذلك أى تعلق حقهم برقبته وكسبه وهو على اذنه الى أن يعلم بالحجر لانه يتضرر به حيث يلزمه قضاء الدين من خالص ماله بعد العتق ولم يرض به فكان كالوكيل اذا لم يعلم بالعزل ولو حجر فى السوق وليس فيه الا رجل أو رجلان فكذلك ومبايعته جائزة وان بايعه الذى علم بحجره لان الاذن لا يتجزأ ألا ترى أنه لا يتجزأ ابتداء فكذا بقاء ولو حجر فى بيته بحضر من أهل سوقه انحجر لان المعتبر شيوع الحجر واشتهاره فيقام ذلك مقام الظهور عند الكل دفعا للحرج كما فى تبليغ الرسالة من الرسل عليهم الصلاة والسلام وان كان الثانى بان لم يعلم بالاذن الا العبد ثم حجر عليه بعلم منه ينحجر لعدم الضرر والاضرار قال (ولو مات المولى أو جن أو لحق بدار الحرب) قد تقدم أن التصرف اذا لم يكن لازما كان لدوامه حكم ابتدائه فيحتاج الى قيام الاهلية حالة البقاء كالابتداء وعلى هذا اذا مات المولى أو جن جنونا مطبقا وقد تقدم فى الوكالة تعريفه أو لحق بدار الحرب انحجر المأذون لانتفاء الاهلية بهذه العوارض حقيقة أو حكما لان اللحاق موت حكمى ولهذا يقسم ماله بين ورثته

(ولا يتعلق بما انتزعه المولى من يده قبل الدين) لوجود شرط الخلوص له (وله أن يأخذ غلة مثله بعد الدين) لانه لو لم يمكن منه يحجر عليه فلا يحصل الكسب والزيادة على غلة المثل يردها على الغرماء لعدم الضرورة فيها وتقدم حقهم قال (فان حجر عليه لم ينحجر حتى يظهر حجره بين أهل سوقه) لانه لو انحجر لتضرر الناس به لتأخر حقهم الى ما بعد العتق لما لم يتعلق برقبته وكسبه وقد بايعوه على رجاء ذلك ويشترط علم أكثر أهل سوقه حتى لو حجر عليه فى السوق وليس فيه الا رجل أو رجلان لم ينحجر ولو بايعوه جاز وان بايعه الذى علم بحجره ولو حجر عليه فى بيته بحضر من أكثر أهل سوقه ينحجر والمعتبر شيوع الحجر واشتهاره فيقام ذلك مقام الظهور عند الكل كما فى تبليغ الرسالة من الرسل عليهم السلام ويبقى العبد مأذونا الى أن يعلم بالحجر كالوكيل الى أن يعلم بالعزل وهذا لانه يتضرر به حيث يلزمه قضاء الدين من خالص ماله بعد العتق وما رضى به وانما يشترط الشيوع فى الحجر اذا كان الاذن شائعا أما اذا لم يعلم به الا العبد ثم حجر عليه بعلم منه ينحجر لانه لا ضرر فيه قال (ولو مات المولى أو جن أو لحق بدار الحرب مرتدا صار المأذون محجورا عليه) لان الاذن غير لازم وما لا يكون لازما من التصرف يعطى لدوامه حكم الابتداء هذا هو الاصل فلا بد من قيام أهلية الاذن فى

يفرغ فكان ككسب غير منتزع اه (أقول) قد أخل بحق المقام بما زاده فان التشبيه بكسب غير منتزع يشعر بكون التعليل المذكور فى الكتاب مختصا بما يقبله العبد من الهبة مع أنه يعم تعلق دينه بكسبه وتعلقه بما يقبله من الهبة لجريانه فى الصورتين معا بلا تفاوت كيف ولو كان مخصوصا بصورة قبول الهبة لبقيت المسئلة الاولى وهى تعلق دينه بكسبه بلا ذكر دليل عليها مع كونها العمدة فى المقام ولم يعهد مثله من

بيع عليه مع ذلك لكان عليه لزوم الضرر بدون التزامه بخلاف المولى الاول فانه اذن له فى التجارة فكان ملتزما بانه ضرر البيع على نفسه (قوله وله أن يأخذ غلة مثله بعد الدين) أى للمولى أن يأخذ الغلة وهى الضريبة التى يضرب المولى على العبد كل شهر مع قيام الدين عليه استحسانا والقياس أن لا يجوز لان الدين مقدم على حق المولى فى الكسب وجه الاستحسان ان فى ذلك نفع الغرماء لان حقهم يتعلق بكاسبه ولا تحصل المكاسب الا ببقاء الاذن فى التجارة ولو منعناه عن أخذ الغلة لحجر عليه فينسد باب الاكتساب (قوله كما فى تبليغ الرسالة من الرسل عليهم السلام) فان الذمى اذا أسلم ولم يعلم بوجوب الصلاة حتى مضى زمان يلزمه القضاء لاشتهار حكم الخطاب فى دار الاسلام والحربى اذا أسلم فى دار الحرب لم يلزمه القضاء ما لم يعلم لان حكم الخطاب غير منتشر فى دار الحرب (قوله وما لا يكون لازما من التصرف يعطى لدوامه حكم الابتداء) هذا هو الاصل لانه اذا كان التصرف غير لازم كان له ولاية الفسخ فى كل ساعة فكان تركه غير مفسوخ بمنزلة ابتداء العقد

(قوله فكان ككسب غير منتزع) أقول ظاهر التشبيه بالكسب يدل على اختصاص التعليل بالهبة وفيه بحث فالحق تعميمه التعلق بكسبه أيضا (قوله ومعناه له أن يأخذ الضريبة التى ضربها عليه فى كل شهر بعد ما لزمته الديون الخ) أقول قوله بعد ناظر الى قوله أن يأخذ قال المصنف (وان بايعه الذى علم بحجره) أقول لفظة ان للوصل

قال (واذا أبق العبد صار محجورا عليه وقال الشافعي رحمه الله يبقى ماذونا لان الاباق لا ينافي ابتداء الاذن) فان المولى اذا أذن لعبده الآبق في التجارة وعلم به العبد كان ماذونا فلان لا ينافي بقاءه أولى لان البقاء أسهل من الابتداء (وصار كالغصب) فان المولى لو أذن لعبده المغصوب الذي يمكن للمالك أخذه بان يكون له بينة أو يكون الغاصب مقرا صح وكونه مغصوبا لا ينافي الاذن فكذا كونه آبقا

(ولنا أن الاباق حجر دلالة لانه انما يرضى بكونه ماذونا على وجه يتمكن من تقضية دينه بكسبه) ولم يتحقق ذلك من الآبق فلا يكون راضيا به وانما لم يكن مانعا في الابتداء لانا نجعله حجرا دلالة (ولا معتبر بالدلالة عند التصريح بخلافها وبخلاف الغصب لان الانتزاع من يد الغاصب متيسر) وان عاد من الاباق هل يعود الاذن لم يذكره محمد رحمه الله والصحيح أنه لا يعود (واستيلاد المأذون لها حجر عليها) اذا لم يصرح بخلافه (وقال زفر رحمه الله ليس بحجر اعتبارا بالابتداء) فان المولى لو أذن لام ولده جاز فكذا اذا استولدها بعد الاذن وهو القياس واستحسن العلماء رحمهم الله حجرها بالاتفاق لان العادة جرت في الظاهر أن الانسان يحصن أم ولده ولا يرضى بخروجها واختلاطها بالناس في المعاملة والتجارة فيكون حجرا دلالة ولا معتبر بها عند التصريح بخلافه في الابتداء (ويضمن المولى قيمتها ان ركبتها ديون لاتلافه محلا تعلق به حق الغرماء اذ به يمتنع البيع وبه يقضى حقهم)

قال (واذا استدانت الامة المأذون لها أكثر من قيمتها) معناه ظاهر وانما قيد بكونها أكثر لتظهر الفائدة في أن المولى يضمن قيمتها دون الزيادة عليها وقوله (ولا منافاة بين حكميها) أي حكم الاذن والتدبير لانه بالتدبير يثبت للمدبر حق العتق وحق العتق ان كان لا يؤثر في فك الحجر لا يؤثر في الحجر عليه قال (واذا حجر على المأذون له فاقراره جائز) اذا حجر على العبد المأذون له فاقر بما في يده

حالة البقاء وهي تنعدم بالموت والجنون وكذا باللحوق لانه موت حكما حتى يقسم ماله بين ورثته قال (واذا أبق العبد صار محجورا عليه) وقال الشافعي يبقى ماذونا لان الاباق لا ينافي ابتداء الاذن فكذا لا ينافي البقاء وصار كالغصب ولنا أن الاباق حجر دلالة لانه انما يرضى بكونه ماذونا على وجه يتمكن من تقضية دينه بكسبه بخلاف ابتداء الاذن لان الدلالة لا معتبر بها عند وجود التصريح بخلافها وبخلاف الغصب لان الانتزاع من يد الغاصب متيسر قال (واذا ولدت المأذون لها من مولاها فذلك حجر عليها) خلافا لزفر وهو يعتبر حالة البقاء بالابتداء ولنا أن الظاهر أنه يحصنها بعد الولادة فيكون دلالة الحجر عادة بخلاف الابتداء لان الصريح قاض على الدلالة (ويضمن المولى قيمتها ان ركبتها ديون) لاتلافه محلا تعلق به حق الغرماء اذ به يمتنع البيع وبه يقضى حقهم قال (واذا استدانت الامة المأذون لها أكثر من قيمتها فدبرها المولى فهي ماذون لها على حالها) لانعدام دلالة الحجر اذ العادة ما جرت بتحصين المدبرة ولا منافاة بين حكميها أيضا والمولى ضامن لقيمتها لما قررناه في أم الولد قال (واذا حجر على المأذون له فاقراره جائز فيما في يده

المصنف رحمه الله قط (قوله بخلاف ابتداء الاذن لان الدلالة لا معتبر بها عند وجود التصريح بخلافها) أقول لقائل أن يقول اذا لم يكن للدلالة اعتبار عند وجود التصريح بخلافها ينبغي أن لا يصير الآبق محجورا في البقاء أيضا اذ قد وجد التصريح بالاذن من المولى في الابتداء فكانت دلالة الاباق على الحجر في البقاء مخالفة لذلك التصريح فينبغي أن لا تعتبر * ثم أقول يمكن أن يجاب بان وجود التصريح بالاذن في الابتداء لا يقتضي وجوده الى حال الاباق فالمعلوم قطعا انما هو وجوده في الابتداء وأما وجوده في البقاء فانما يعرف باستصحاب الحال وهو حجة ضعيفة ولذلك تكون دافعة لا مثبتة فيجوز أن ترجح الدلالة عليها وعن هذا اعتبرت في البقاء دون الابتداء تأمل

فاذا كان كذلك فلا بد من قيام أهلية الاذن في حالة البقاء كما يشترط للابتداء (قوله وصار كالغصب) معناه لو أذن المولى للعبد المغصوب يصح فلو غصب العبد المأذون لا يبطل الاذن فههنا كذلك وذكر في الذخيرة جواب الغصب على التفصيل فقال وأما الغصب هل يمنع ابتداء الاذن فالجواب فيه على التفصيل ان بقي للمالك امكان الاخذ بان كان الغاصب مقرا أو كان للمالك بينة حاضرة عادلة لا يمنع ابتداء الاذن لانه اذا بقي له امكان الاخذ كانت ولاية البيع في كسبه ورقبته قائمة فيصح الاذن فكذلك يبقى الاذن وان لم يبق للمالك امكان الاخذ بان كان الغاصب جاحدا ولم يكن له على ذلك بينة يمنع ابتداء الاذن لزوال ولاية البيع في كسبه ورقبته فيمنع بقاء الاذن أيضا وان عاد العبد من الاباق هل يعود الاذن لم يذكر محمد رحمه الله هذا التفصيل والصحيح أنه لا يعود كذا في النهاية (قوله لان الصريح قاض على الدلالة) لانه صريح بخلاف الدلالة وهي أن الانسان يحصن أم ولده في العادة وانما تعتبر العادة عند عدم التصريح بخلافها فاما مع التصريح بخلاف العادة فلا كتقديم المائدة بين يدي انسان يجعل اذنا في التناول عادة الا اذا صرح وقال لا تأكل فان قيل كيف يبطل اذنه الصريح بدلالة الحجر والشيء لا ينتقض بما هو دونه قلنا لا نسلم أنه اذن بها دمر يحابل هذا فرض منك ولئن سلم فبقاء الاذن بالاستصحاب فلا يكون ثابتا بدليل وهذا الحجر ثبت بالدليل فكان أقوى (قوله لما قررناه في أم الولد) وهو قوله لاتلافه محلا تعلق به حق الغرماء (قوله وان حجر على المأذون فاقراره جائز) بخلاف ما اذا بيع المأذون فانه لا يجوز اقراره فيما في يده بالاجماع (قوله فيما في يده) قيد به لانه لا يصح اقراره فيما انتزعه المولى من يده

(قوله وصار كالغصب فان المولى لو أذن لعبده المغصوب) أقول الاولى أن يقول لو غصب العبد الماذون يبقى الاذن على ما كان اذ لا خلاف في صحة

من المال لغيره مولاه فهو جائز عند أبي حنيفة رحمه الله قال المصنف (ومعناه أن يقر بما في يده أنه أمانة لغيره) وإنما فسره بذلك لان مطلق الاقرار يفهم منه ما كان مضمونا كالديون والغصوب فبين أن المراد به التعميم وقدم الامانة لذلك فيقضى بما في يده للمقر له (وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يجوز اقراره) لان المصحح لاقراره اما الاذن أو اليد ولا شيء منهما بموجود بعد الحجر أما الاذن فلزواله بالحجر وأما اليد فلأن الحجر أبطلها لان يد المحجور عليه غير معتبرة شرعا ورد بأنا لا نسلم أن يده غير معتبرة فانه لو استودع وديعة ثم غاب ليس لمولاه أخذها والمسئلة في المبسوط ولو كانت غير معتبرة كانت الوديعة كثوب ألقته الريح في حجر رجل وكان حضور العبد وغيبته سواء وأجيب بأن تأويلها اذا لم يعلم المودع أن الوديعة كسب العبد أما اذا علم ذلك فللمولى أخذه وكذا اذا علم أنه مال المولى ولم يعلم بأنه كسب العبد (قوله وصار كما اذا أخذ المولى كسبه من يده قبل اقراره) بيان لابطال الحجر يد بمسائل متفق عليها فان المولى اذا انتزع ما بيده لا يصح اقرار العبد فيه بالاتفاق وكذا اذا باع العبد من غيره وثبت الحجر به لم يصح اقراره ولا يصح اقراره في حق الرقبة بعد الحجر حتى لا تباع رقبته بسبب ذلك الاقرار بالاتفاق (ولابي حنيفة رحمه الله أن المصحح لاقراره هو اليد ولهذا لا يصح اقراره بما انتزعه المولى من يده) لزوال المصحح (واليد باقية حقيقة) وحكما أما حقيقة فظاهر لان الكلام في الاقرار بما في يده وأما حكما فلان شرط بطلانها بالحجر حكما فراغها عن حاجته واقراره دليل تحققها ولقائل أن يقول الاقرار دليل تحقق الحاجة مطلقا أو عند صحته والاول ممنوع والثاني مسلم ولكن صحة هذا الاقرار في حيز النزاع فلا يصلح أخذه في الدليل والجواب أن مطلقه دليل تحققها حملا لحال المقر على

بتبدل

الصلاح فان قيل لو كان اقراره دليل تحققها لصح بما انتزعه المولى من يده قبل الاقرار أجيب بان يد المولى ثابتة حقيقة وحكما أما حقيقة فلان الكلام فيما انتزعه من يده قبل الاقرار وأما حكما فلان النزع كان قبل ثبوت الدين فلا تبطل يده باقراره لانه اقرار بما ليس في يده أصلا وهو باطل والمصنف رحمه الله ذكر قوله بخلاف ما اذا انتزعه المولى الخ أجوبة عما استشهدا به من المسائل المتفق عليها وهو ظاهر

من المال عند أبي حنيفة) ومعناه أن يقر بما في يده أنه أمانة لغيره أو غصب منه أو يقر بدين عليه فيقضى مما في يده وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يجوز اقراره لهما أن المصحح لاقراره ان كان الاذن فقد زال بالحجر وان كان اليد فالحجر أبطلها لان يد المحجور غير معتبرة وصار كما اذ أخذ المولى كسبه من يده قبل اقراره أو ثبت حجره بالبيع من غيره ولهذا لا يصح اقراره في حق الرقبة بعد الحجر وله أن المصحح هو اليد ولهذا لا يصح اقرار المأذون فيما أخذه المولى من يده واليد باقية حقيقة وشرط بطلانها بالحجر حكما فراغها عن حاجته واقراره دليل تحققها بخلاف ما اذا انتزعه المولى من يده قبل الاقرار لان يد المولى ثابتة حقيقة وحكما فلا تبطل باقراره وكذا ملكه ثابت في رقبته فلا يبطل باقراره من غير رضاه وهذا بخلاف ما اذا باعه لان العبد قد تبدل

(قوله لهما أن المصحح لاقراره ان كان الاذن فقد زال بالحجر وان كان اليد فالحجر أبطلها لان يد المحجور غير معتبرة) قال صاحب النهاية فان قلت يشكل على هذا ما ذكره في وديعة المبسوط بقوله عبد استودع رجلا وديعة ثم غاب لم يكن لمولاه أن يأخذ الوديعة تاجرا كان العبد أو محجورا عليه فلو لم يكن ليد المحجور اعتبار لما اشترط حضرته بل جعل ما أودعه بمنزلة ثوب هبت به الريح وألقته في حجر رجل لان فائدة عدم اعتبار اليد هي أن يكون وجودها وعدمها بمنزلة ولم تجعل كذلك فعلم بهذا أن ليده اعتبارا وان كان محجورا والدليل على هذا ما ذكره الامام الاستروشني في وديعة أحكام الصغار في تعليل هذه المسئلة فقال لان العبد آدمي له يد حكمية فلا يكون لمولاه أن يأخذه من المودع ما لم يحضر العبد قلت تلك المسئلة مؤولة ذكر تأويلها في الفصل السادس عشر من وديعة الذخيرة فقال وهذا اذا لم يعلم المودع أن الوديعة كسب العبد وأما اذا علم أنه كسبه فللمولى حق الاخذ وكذلك اذا لم يعلم أنها كسب العبد ولكن علم أنها مال المولى كان للمولى أن يأخذ الى هنا كلام صاحب النهاية وقد اقتفى أثره صاحب العناية في ذكر هذا السؤال والجواب لكن بعبارة أخرى أخصر من الاولى (أقول) ذلك الجواب لا يسمن ولا يغني من جوع فان تأويل تلك المسئلة بما ذكر مع كونه مما يأباه قطعا ما ذكره الامام الاستروشني في وديعة أحكام الصغار في تعليل تلك المسئلة بما مر في آخر السؤال لا يجدي نفعا في دفع الاشكال الناشئ من المقدمة القائلة ان يد المحجور غير معتبرة اذ قد تقرر بعد ذلك التأويل أن في صورة أن لا يعلم المودع أن الوديعة التي أودعها العبد المحجور كسب ذلك العبد أو مال مولاه ليس للمولى أن يأخذها بل انما يأخذها ذلك العبد فقد تحقق أن يكون للمحجور يد معتبرة في بعض الصور فلم يكن في تلك المقدمة كلية

قبل الاقرار (قوله من المال) قيد به لانه لا يصح اقراره في حق الرقبة بعد الحجر بالاجماع (قوله لان يد المحجور غير معتبرة) أي فيما هو من كسبه أو فيما عرف أنه من مال المولى واذا لم يكن كذلك فيده معتبرة ولهذا اذا استودع عبد رجلا وديعة ثم غاب لم يكن لمولاه أن يأخذ الوديعة مأذونا كان العبد أو محجورا عليه فلو لم يكن ليد العبد المحجور اعتبار لما اشترط حضرته ولكن لا اعتبار ليده في كسبه وفيما علم أنه للمولى وفي الفصل السادس عشر من وديعة الذخيرة وهذا اذا لم يعلم المودع أن الوديعة كسب العبد وأما اذا علم أنه كسب العبد فللمولى حق الاخذ وكذلك اذا لم يعلم أنها كسب العبد ولكن علم أنها مال المولى كان للمولى أن يأخذ

الاذن بعد الاباق حتى يحتاج الى دليل قال المصنف (وصار كما اذا أخذ المولى كسبه من يده الخ) أقول يخالف ما سبق في المضاربة

بتبدل الملك على ماعرف فلا يبقى ماثبت بحكم الملك ولهذا لم يكن خصما فيما باشره قبل البيع قال (واذا لزمته ديون تحيط بماله ورقبته لم يملك المولى مافى يده ولو أعتق من كسبه عبدا لم يعتق عند أبى حنيفة وقالا يملك مافى يده ويعتق وعليه قيمته) لانه وجد سبب الملك فى كسبه وهو ملك رقبته ولهذا يملك اعتاقها ووطء الجارية المأذون لها وهذا آية كماله بخلاف الوارث لانه يثبت الملك له نظرا للمورث والنظر فى ضده عند احاطة الدين

وقوله (على ماعرف) اشارة الى حديث بريرة رضى الله عنها وقوله (فلا يبقى ماثبت بحكم الملك) يعنى به الاذن لانه ثبت للعبد بحكم أنه ملك المولى وقد زال ذلك الملك وقوله (ولهذا لم يكن خصما) توضيح لتبدل العبد فان العبد اذا باشر شيأ قبل البيع لم يكن خصما فيه بالتسليم والتسلم والرد بعيب وغيره بعده كعبد آخر لم يباشره ولولا تبدله لكان خصما لصدور المباشرة عنه حقيقة قال (واذا لزمته ديون) اذا لزمته ديون فلا يخلو اما أن تحيط بماله ورقبته أولا تحيط بشئ من ذلك أو أحاطت بماله دون رقبته فالاول كما اذا أذن لعبد فاشترى عبدا يساوى ألفا والمأذون أيضا يساوى ألفا وعليه ألفا درهم والثانى أن يكون عليه خمسمائة دهم والثالث أن يكون عليه ألف درهم ففى الاول لم يملك المولى مافى يده (ولو أعتق عبدا من كسبه لم يعتق عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا يملك مافى يده ويعتق وعليه قيمته لان سبب الملك فى كسبه وهو ملك الرقبة قد وجد) فان ملك الاصل علة الملك الفرع (ولهذا يملك اعتاقها) يعنى الرقبة (ووطء الامة المأذون لها وهذا) أى المذكور من ملك الاعتاق وحل الوطء (آية كمال ملك الرقبة) فكان سبب الملك فى الكسب موجودا على الكمال فيملكه وينفذ فيه اعتاقه فان قيل سلمنا ذلك لكن المانع متحقق وهو احاطة الدين فانها تمنع عن ذلك كما فى التركة اذا استغرقتها الديون فانها تمنع اعتاق الوارث أجاب بقوله (بخلاف الوارث لانه يثبت الملك له نظرا للمورث) بايصال ماله الى أقرب الناس اليه ولهذا يقدم الاقرب فالاقرب ولا نظر للمورث فى ذلك عند احاطة الدين بتركته (بل النظر فى ضده) أى فى ضد ثبوت الملك

ومالم يكن فيها كلية لا يثبت مدعى الامامين فى مسئلتنا فلا يتم التقريب لا يقال يجوز أن يكون المراد بقولهما فى التعليل لان يد المحجور غير معتبرة أن يده غير معتبرة فى شئ من الصور المندرجة تحت مسئلتنا هذه وهذا القدر من الكلية يكفى فى اثبات مدعاهما ههنا لانا نقول هذا القدر من الكلية أيضا غير متحقق لان من الصور المندرجة تحت مسئلتنا هذه اقراره بعد الحجر بان مافى يده أمانة لغيره ففى هذه الصورة اذا لم يعلم أن مافى يده كسبه أو مال مولاه فلا جرم أن تكون يده اذ ذاك معتبرة على مقتضى ما مر فى مسئلة المبسوط وتقرر بعد تأويلها ومن تلك الصور أيضا اقراره بعد الحجر بان مافى يده غصب من غيره ففى هذه الصورة أيضا اذا لم يعلم أنه كسبه أو مال مولاه تكون يده معتبرة على مقتضى ذلك اذا لم يكن عين المغصوب متغيرا بفعله بان لم يزل اسمه وعظم منافعه اذ لا يزول عنه حينئذ ملك المغصوب منه كما سيجىء فى كتاب الغصب فلا يتصور أن يكون من كسب ذى اليد تدبر تفهم (قوله فلا يبقى ماثبت بحكم الملك) قال فى العناية يعنى به الاذن لانه ثبت للعبد بحكم أنه ملك المولى وقد زال ذلك الملك اه وعلى هذا المعنى استخراج سائر الشروح أيضا هذا المحل وان اختلفت عباراتهم منها ماذكره صاحب الغاية فانه قال أى لا يبقى للعبد المأذون بعد بيعه ماثبت له من الاذن قبل البيع بحكم أنه ملك المولى فلا جرم لم يصح اقراره بما فى يده بعد البيع لعدم بقاء الاذن اه (أقول) فيه نظر لان عدم بقاء الاذن متقرر فيما نحن فيه أيضا وهو ما اذا حجر المولى على المأذون له بدون أن يبيعه والمصنف ههنا بصدد الفرق من قبل أبى حنيفة بين مانحن فيه وبين ما اذا باعه فلو كان مراده بما ثبت بحكم الملك فى قوله فلا يبقى ماثبت بحكم الملك هو الاذن لما كان لذكر هذه المقدمة أعنى قوله فلا يبقى ماثبت بحكم الملك فائدة أصلا ههنا لعدم اختصاص عدم بقاء الاذن بما اذا باعه دون مانحن فيه فيلزم أن يكون قوله المذكور لغوا من الكلام ولا ينبغى ذلك لمثل المصنف والوجه عندى أن يكون مراده بما ثبت بحكم الملك فى قوله المزبور يده الحكمية كما هو المناسب لقوله فيما قبل واليد باقية حقيقة وشرط بطلانها بالحجر حكما فراغها عن حاجته ولما كان تبدل الملك فيما اذا باعه بمنزلة تبدل الذات لم يبق ماثبت بحكم الملك الاول من يده الحكمية بخلاف مانحن فيه فان اليد فيه باقية حقيقة وحكما مالم يفرغ عن حاجته وعلى هذا المعنى تظهر فائدة هاتيك المقدمة جدا فتأمل وكن الحاكم الفيصل (قوله واذا لزمته ديون تحيط بماله ورقبته الخ) قال فى العناية اذا لزمته ديون فلا يخلو اما أن تحيط بماله

(قوله لانه يثبت الملك له نظرا للمورث) وهذا لان صرف اكتسابه الى أقرب الناس اليه نظر فى حقه كيلا يتعطل سعيه فى دار الدنيا ومتى كان على الميت دين مستغرق فالنظر فى ضده لان قضاء الدين فرض عليه وانه حائل بينه وبين ربه وأما ملك المولى كسب عبده ليس باعتبار نظر العبد بل باعتبار أنه يستفيد وقوع الملك له مع قيام الرق فيه وهذا المعنى قائم بعد الاذن وثبوت الدين ولابى حنيفة رحمه الله أن ملك المولى انما يثبت خلافة عن العبد بعد الفراغ من حاجته كملك الوارث اما أن الكسب فى الاصل ملك الكاسب وانما يخلفه غيره بعد فراغه عن حاجته ولهذا لو امتنع المولى من الانفاق عليه أمر العبد بالكسب والانفاق على نفسه وما فضل عن حاجته يرد على المولى وما قالا انه وجد سبب الملك فى كسبه وهو قيام ملك الرقبة ينتقض بالمكاتب فان ملك الرقبة موجود ولا يملك المولى أكسابه والمأذون بمنزلة المكاتب فجاز أن لا يملك لذلك المانع وهو حاجته الى قضاء دينه

(قوله فان قيل سلمنا ذلك لكن المانع متحقق) أقول يعنى المانع عن ثبوت الملك

الوارث وهو قضاء الدين لانه فرض عليه والميراث صلة واذا كان سبب الملك النظر وقد فات فات الملك ولا عتق فى غير الملك (أما ملك المولى فما ثبت نظرا للعبد) ليراعى ذلك بعدم العتق حتى تقضى ديونه (واذا نفذ العتق عندهما يضمن قيمته للغرماء لتعلق حقهم به ولابى حنيفة رحمه الله أن ملك المولى انما يثبت خلافة عن العبد عند فراغه عن حاجته كملك الوارث على ماقررناه) يعنى فى مسئلة تعلق الدين بكسبه (والمال الذى أحاط به الدين مشغول بها فلا يخلفه فيه) يعنى كما أن الدين المحيط بالتركة يمنع ملك الوارث فى الرقبة فكذلك الدين المحيط بالكسب والرقبة يمنع ملك المولى لان الخلافة فى الموضعين لانعدام أهلية الملك فى المال فالميت ليس باهل المالكية كالرقيق لان المالكية عبارة عن القدرة والموت والرق ينافيان ذلك بل منافاة الموت أظهر والميت جعل كالمالك حكما لقيام حاجته الى قضاء ديونه فكذلك الرقيق (واذا عرف ثبوت الملك عندهما وعدمه عنده عرف العتق وعدمه لكونه فرعه) فمن قال بثبوت الملك نفذ العتق ومن لم يقل به أبطله وفى الثانى يملك المولى كسبه (و ينفذ عتقه فى قولهم جميعا أما عندهما فظاهر وكذا عنده لان كسب العبد لا يعرى عن قليل الدين فلو جعل مانعا لانسد باب الانتفاع بكسبه فيختل ما هو المقصود من الاذن ولهذا لا يمنع القليل ملك الوارث والمستغرق يمنعه) وأما الثالث فلم يذكره فى الكتاب ونقل بعض الشارحين عن بيوع الجامع الصغير أن العتق فيه جائز (واذا

بتركته أما ملك المولى فما ثبت نظرا للعبد وله أن ملك المولى انما يثبت خلافة عن العبد عند فراغه عن حاجته كملك الوارث على ماقررناه والمحيط به الدين مشغول بها فلا يخلفه فيه واذا عرف ثبوت الملك وعدمه فالعتق فرعه واذا نفذ عندهما يضمن قيمته للغرماء لتعلق حقهم به قال (وان لم يكن الدين محيطا بماله جاز عتقه فى قولهم جميعا) أما عندهما فظاهر وكذا عنده لانه لا يعرى عن قليله فلو جعل مانعا لانسد باب الانتفاع بكسبه فيختل ما هو المقصود من الاذن ولهذا لا يمنع ملك الوارث والمستغرق يمنعه قال

ورقبته أو لا تحيط بشئ من ذلك أو أحاطت بماله دون رقبته فالاول كما اذا أذن لعبد فاشترى عبدا يساوى ألفا والمأذون أيضا يساوى ألفا وعليه ألفا درهم والثانى أن يكون عليه خمسمائة درهم والثالث أن يكون عليه ألف درهم اه (أقول) لقائل أن يقول هذه القسمة ليست بحاصرة اذ هنا احتمال قسم رابع وهو أن تحيط برقبته دون ماله على عكس القسم الثالث والجواب أنه قد تقرر فيما مر أنه يبدأ بكسب المأذون المديون فى الاستيفاء وعند انعدام كسبه يستوفى من رقبته فعلم منه أن تعلق الدين بكسبه كان مقدما على تعلقه برقبته فلم يتصور فى الشرع أن تحيط ديونه برقبته دون ماله الذى هو كسبه فكانت الاقسام التى يمكن تحققها فى الشرع منحصرة فى الثلاثة فيما اذا لزمته ديون ولهذا لم يلتفت الى قسم آخر هو احتمال عقلى محض لا تحقق له فى الشرع (قوله وان لم يكن الدين محيطا بماله جاز عتقه فى قولهم جميعا) الظاهر أن مراده اذا لم يكن الدين محيطا بماله ورقبته جاز عتقه فى قولهم جميعا كما صرح به فى الكافى وسائر الكتب المعتبرة الا أنه اكتفى بذكر قوله بماله ولم يذكر ورقبته بناء على ماذكرناه آنفا من أن تعلق الديون بكسبه مقدم على تعلقها برقبته واذا لم تحط الديون بماله يتعين عدم احاطتها برقبته فلم يحتج الى ذكر الثانى بعد ذكر الاول وما وقع فى عامة الكتب فمن قبيل التصريح بما علم التزاما لمجرد الاحتياط ثم اعلم ان هذا الذى ذكره المصنف ههنا هو حكم القسم الثانى من الاقسام الثلاثة المارذكرها فى التقسيم الذى نقلناه عن العناية فيما قبل وحكم القسم الاول منها ماذكر فى الكتاب من قبل بقوله واذا لزمته ديون تحيط بماله ورقبته لم يملك المولى مافى يده ولو أعتق من كسبه عبدا لم يعتق عند أبى حنيفة وقالا يملك مافى يده و يعتق وعليه قيمته وأما حكم القسم الثالث منها فلم يذكر فى الكتاب قط وعن هذا قال صاحب العناية وأما الثالث فلم يذكره فى الكتاب ونقل بعض الشارحين عن بيوع الجامع الصغير أن العتق فيه جائز اه وأراد ببعض الشارحين صاحب غاية البيان فانه قال قال فى بيوع الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة فى رجل أذن لعبده فى التجارة فاشترى عبدا يساوى ألفا وهو يساوى ألفا وعلى الاول ألف درهم دينا فاعتق المولى العبد المشترى فعتقه جائز وان كان الدين ألفى درهم مثل قيمتهما لم يجز عتقه وقال أبو يوسف ومحمد عتقه جائز فى الوجهين جميعا اه (أقول) فى جواز عتقه عند أبى حنيفة فى الوجه الاول من هذين الوجهين المذكورين فى

لانه لما صار بمنزلة الحر فى حق التصرف والعبد والحر المديون لا يستحق وارثه تركته لحاجته الى قضاء الدين فكذا هنا (قوله وله أن ملك المولى انما يثبت خلافة عن العبد) فان قيل المولى كيف يتلقى الملك من العبد بجهة الخلافة والعبد ليس باهل لملك المال وشرط الخلافة تصور الاصل قلنا العبد ليس باهل الملك مستقر لكنه أهل الملك ينتقل الى غيره اذا فرغ عن حاجته وهذا لان العبد من حيث انه آدمى بمنزلة الحر ومن حيث انه مال مملوك كالبهيمة ولو كان حرا مطلقا لملك المال ملكا مستقرا ولو كان مملوكا مطلقا كالبهيمة لم يملك أصلا فقلنا بانه يملك ملكا منتقلا عملا بالشبهين (قوله وكذا عنده) أى فى قوله الاول وفى قوله الآخر لا يملك ولا يصح اعتاقه لان الدين متعلق بكسبه وفى حق التعلق لا فرق بين القليل والكثير كما فى الرهن (قوله ولهذا لا يمنع ملك الوارث) أى فى قوله الآخر

قال (واذا باع من المولى شيأ بمثل قيمته جاز) اذا باع العبد المدىون الذى لزمته دىون من المولى شيأ بمثل قيمته جاز (لانه كالاجنبى عن كسبه اذا كان عليه دىن) و يعلم منه أنه اذا لم يكن عليه دىن لا يجوز لانه ليس بأجنبى (واذا باع منه بنقصان لم يجز مطلقا) أى سواء كان كثيرا او قليلا (لانه متهم فى حق مولاه) بميله اليه عادة بخلاف ما اذا باع من الاجنبى بذلك فانه يجوز مطلقا لانه لا تهمة فيه فان قيل التهمة فيه قد تكون موجودة أجيب بانه موهوم حيث انه لم ينشأ عن دليل (قوله بخلاف ما اذا باع المريض) مروى بالواو و بغيره قال فى النهاية وهذا الخلاف متعلق باول المسئلة وهو قوله واذا باع من المولى شيأ بمثل قيمته جاز هذا على تقدير الواو فى قوله و بخلاف وليس بصحيح لانه معطوف بلا معطوف عليه بل المناسب لذلك عدم الواو وقال و يجوز أن يكون بدون الواو فيتعلق بحكم قوله المتصل به وهو قوله بخلاف ما اذا حابى الاجنبى أى أنه يجوز فى كل حال أعنى اذا كانت المحاباة يسيرة أوفاحشة أو كان البيع بمثل القيمة و بيع المريض من وارثه لا يجوز عند أبى حنيفة رحمه الله فى كل حال من هذه الاحوال وهذا أوجه ولكن النسخة بالواو تاباه قلت ذلك أوجه من حيث اللفظ بالقرب دون المعنى لان المفهوم من قوله بخلاف ما اذا حابى الاجنبى جواز المحاباة معه مطلقا ولا يرد بيع المريض من وارثه بمثل القيمة اشكالا عليه حتى يحتاج الى الجواب والظاهر عدم الواو بجعله متعلقا باول المسئلة وفى كلامه تعقيد وتقرير كلامه هكذا وان باع من المولى شيأ بمثل القيمة جاز لانه كالاجنبى عن كسبه اذا كان عليه دىن بخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز عنده لان حق بقية الورثة تعلق بعينه أى عين مال الميت حتى كان لاحدهم الاستخلاص باداء قيمته أما حق الغرماء فيتعلق بالمالية لا غير فافترقا أى المولى والمريض فى جواز البيع من المولى بمثل القيمة دون الوارث ثم بعد ذلك يذكر قوله وان باع بنقصان لم يجز الخ وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله ان باعه بنقصان يجوز البيع و يخير المولى ان شاء أزال المحاباة بايصال الثمن الى تمام القيمة وان شاء نقض البيع وتخصيصه هذا الحكم اختيار من المصنف لقول بعض المشايخ قيل والصحيح أنه قول الكل لان المولى بسبيل من تخصيص كسبه لنفسه بالقيمة بدون البيع فلان يكون له ذلك بالبيع أولى فصار العبد فى تصرفه مع مولاه كالمريض المدىون فى تصرفه مع الاجنبى

(واذا باع من المولى شيأ بمثل قيمته جاز) لانه كالاجنبى عن كسبه اذا كان عليه دىن يحيط بكسبه (وان باعه بنقصان لم يجز مطلقا) لانه متهم فى حقه بخلاف ما اذا حابى الاجنبى عند أبى حنيفة لانه لا تهمة فيه و بخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز عنده لان حق بقية الورثة تعلق بعينه حتى كان لاحدهم

بيوع الجامع الصغير وهو القسم الثالث من الاقسام المار ذكرها اشكال على مقتضى دليله المذكور فى الكتاب لاثبات مذهبه فى القسم الخلافى الذى ذكر فى الكتاب أولا وفى الجامع الصغير ثانيا فان حاصل ذلك الدليل أن ملك المولى انما يثبت خلافه عن العبد عند فراغه عن حاجته والمال الذى أحاط به الدين مشغول بحاجته فلا يخلفه فيه فلا يثبت فيه الملك واذا لم يثبت فيه الملك لم يجز اعتاقه ولا يخفى أن جميع مقدمات ذلك الدليل جارية بعينها فيما اذا أحاطت الديون بكسبه دون رقبته فينبغى أن لا يجوز اعتاقه فيه أيضا (قوله واذا باع من المولى شيأ بمثل قيمته جاز لانه كالاجنبى عن كسبه اذا كان عليه دىن) أقول فى هذا التعليل شىء وهو أن الظاهر أن جواب هذه المسئلة باتفاق أصحابنا كما يدل عليه عدم ذكر الخلاف فى الكتاب وقد صرح به فى غاية البيان حيث قال اعلم أن العبد الماذون المدىون اذا باع من مولاه شيأ بمثل قيمته جاز باتفاق أصحابنا جميعا اه وكونه كالاجنبى عن كسبه اذا كان عليه دىن غير ظاهر على أصل أبى يوسف ومحمد اذ قد مر فى المسئلة الاولى أنهما قالا المولى يملك ما فى يد العبد الماذون ولو أحاط دىونه بماله و رقبته ولهذا لو أعتق من كسبه عبدا يعتق عندهما فكيف يتم القول بان المولى كالاجنبى عن كسبه اذا كان عليه دىن على أصلهما حتى يتمشى التعليل المذكور على قولهم جميعا فليتأمل فى التوجيه (قوله و بخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز عنده) قال صاحب النهاية وهذا الخلاف متعلق باول المسئلة وهو قوله واذا باع من المولى شيأ بمثل قيمته جاز هذا على تقدير الواو فى قوله و بخلاف اه ورد عليه صاحب العناية حيث قال بعد نقل ذلك عنه وليس بصحيح لانه معطوف بلا معطوف عليه بل المناسب لذلك عدم الواو اه (أقول) بل قوله لانه معطوف بلا معطوف عليه ليس بصحيح فانه معطوف حينئذ على قوله بخلاف ما اذا حابى الاجنبى عند أبى حنيفة رحمه الله على أن يكون

(قوله وان باع من المولى شيأ بمثل قيمته جاز) اذا باع العبد المأذون المدىون شيأ من أكسابه من المولى

(قوله وليس بصحيح لانه معطوف بلا معطوف عليه الخ) أقول فيه بحث فانه معطوف على قوله بخلاف ما اذا حابى الخ يعنى أن مسئلة القدورى ملتبسة بخلاف هذا باعتبار جزئها الثانى و بخلاف بيع المريض باعتبار جزئها الاول (قوله أو كان البيع بمثل القيمة) أقول يفهم هذا بطريق الدلالة (قوله قلت ذلك أوجه من حيث اللفظ بالقرب دون المعنى لان المفهوم الخ) أقول و يفهم منه جواز بيعه للاجنبى بمثل قيمته دلالة كما لا يخفى (قوله ولا يرد بيع المريض من وارثه الخ) أقول بل يرد بان يقال اذا جاز بيع المأذون من الاجنبى بالمحاباة ينبغى أن يجوز بيع المريض من وارثه بها و بدونها أيضا فاجاب بقوله بخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز فكيف باعه باقرار قوله والظاهر عدم الواو الى قوله وفى كلامه تعقيد) أقول فيه بحث (قوله فافترقا أى المولى والمريض) أقول الظاهر أن يقال أى العبد والمريض

(قوله وعلى المذهبين) أى مذهب أبى حنيفة ومذهب صاحبيه اعتراض بين الحكم والدليل لبيان تساوى المحاباة باليسير والكثير فان على مذهب أبى حنيفة رضى الله عنه اذا باع من مولاه بنقصان يسير أو كثير لا يجوز فلا يخير وعلى مذهبهما يجوز ولكن يخير المولى (ووجه ذلك) أى وجه الجواز مع التخيير (أن الامتناع) عن البيع بالنقصان (لدفع الضرر عن الغرماء وبهذا يندفع الضرر عنهم وهذا) أى الذى ذكرناه من الجواز والتخيير (بخلاف البيع من الاجنبي بالمحاباة اليسيرة حيث يجوز ولا يؤمر بازالة المحاباة والمولى يؤمر به لان البيع باليسير منهما) أى من المولى والاجنبي متردد بين التبرع والبيع أما التبرع فلخلو البيع عن الثمن فى قدر المحاباة وأما البيع ف(لدخوله تحت تقويم المقومين فاعتبرناه تبرعا فى البيع مع المولى للتهمة غير تبرع فى حق الاجنبي لانعدامها وبخلاف ما اذا باع من الاجنبي بالكثير من المحاباة حيث لا يجوز عندهما أصلا لان المحاباة من العبد المأذون له لا تجوز على أصلهما الا باذن المولى ولا اذن منه فى البيع مع الاجنبي وهو اذن بمباشرته بنفسه غير أن فيه ضررا بالغرماء فيزال بازالة المحاباة وهذان الفرقان) بلفظ التثنية وفى بعض النسخ وهذا الفرقان قال فى النهاية ولكن الاول أصح لوجود هذين الفرقين على قولهما وكونه مثبتا فى النسخ المصححة والمراد بالفرقين الفرق بين المولى والاجنبي فى حق المحاباة اليسيرة حيث يؤمر المولى بازالتها دون الاجنبي والفرق بينهما فى الكثيرة حيث لا تجوز عندهما مع الاجنبي أصلا وتجوز مع المولى ويؤمر بالازالة وأما أبو حنيفة رحمه الله على رواية هذا الكتاب فليس يحتاج الى ذلك لانه لا يجوز فى البيع مع المولى شيأ من المحاباة وانما يحتاج الى الفرق بين المولى والاجنبي فى جواز البيع مع الاجنبي مطلقا ومع المولى بمثل القيمة وقد ذكرناه فى صدر الكلام قال (وان باعه المولى شيأ) كلامه ظاهر الى قوله فان سلم المبيع اليه أى العبد قبل قبض الثمن بطل الثمن وتقرير دليله لان حق المولى ثابت فى العين من حيث الحبس لعدم تعلق حقه بمالية العين بعد البيع والثابت فى العين من حيث الحبس سقط بالتسليم فحق المولى سقط به فلو فرض بقاء حقه بعد سقوطه لكان ذلك فى الدين لكونه فى مقابلة العين والمولى لا يستوجبه على عبده حتى لو أتلف شيأ من ماله لم يضمن بخلاف ما اذا كان الثمن عرضا فان المولى يستوجبه وهو أحق به من الغرماء لانه يملكه بعينه بالعقد ويجوز أن يكون عين ملكه فى يد غيره كما لو أودع عند عبده شيأ أو غصبه منه

الاستخلاص باداء قيمته أما حق الغرماء تعلق بالمالية لا غير فافترقا وقال أبو يوسف ومحمد ان باعه بنقصان يجوز البيع ويخير المولى ان شاء أزال المحاباة وان شاء نقض البيع وعلى المذهبين اليسير من المحاباة والفاحش سواء ووجه ذلك أن الامتناع لدفع الضرر عن الغرماء وبهذا يندفع الضرر عنهم وهذا بخلاف البيع من الاجنبي بالمحاباة اليسيرة حيث يجوز ولا يؤمر بازالة المحاباة والمولى يؤمر به لان البيع باليسير منهما متردد بين التبرع والبيع لدخوله تحت تقويم المقومين فاعتبرناه تبرعا فى البيع مع المولى للتهمة غير تبرع فى حق الاجنبي لانعدامها وبخلاف ما اذا باع من الاجنبي بالكثير من المحاباة حيث لا يجوز أصلا عندهما ومن المولى يجوز ويؤمر بازالة المحاباة لان المحابات لا تجوز من العبد المأذون على أصلهما الا باذن المولى ولا اذن فى البيع مع الاجنبي وهو اذن بمباشرته بنفسه غير أن ازالة المحاباة لحق الغرماء وهذان الفرقان على أصلهما قال (وان باعه المولى شيأ بمثل القيمة أو أقل جاز البيع) لان المولى أجنبي عن كسبه اذا كان عليه دين على ما بيناه

معنى الكلام وهاتان المسئلتان أعنى قول القدورى واذا باع من المولى شيأ بمثل قيمته جاز وقوله وان باعه بنقصان لم يجز ملابستان بخلاف ما اذا حابى الاجنبي وبخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته لكن على التوزيع بطريق اللف والنشر الغير المترتب أى المسئلة الثانية ملابسة بخلاف ما اذا حابى الاجنبي والمسئلة الاولى ملابسة بخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته لا أن كلتا المسئلتين ملابستان بكلا الخلافين فاذن يتحقق المعطوف عليه ويصح المعنى كما لا يخفى ثم ان فى تصحيح العطف على تقدير الواو توجيها آخر أشار اليه صاحب معراج الدراية حيث قال قوله وبخلاف ما اذا باع المريض متعلق بأول المسئلة

بمثل قيمته جاز وان لم يكن مديونا لا يجوز (قوله وعلى المذهبين اليسير من المحاباة والفاحش سواء) اذا باع من المولى شيأ بنقصان لم يجز عند أبى حنيفة رحمه الله فاحشا كان الغبن أو يسيرا وعندهما جاز البيع فاحشا كان الغبن أو يسيرا ولكن يخير المولى بين أن يزيل الغبن وبين أن ينقض البيع (قوله ووجه ذلك) أى وجه الجواز مع التخيير (قوله وهذان الفرقان على أصلهما) لان أبا حنيفة رحمه الله لما لم يجوز البيع من المولى لا بالغبن اليسير ولا بالغبن الفاحش لا يحتاج الى هذين الفرقين وانما يحتاج الى فرق واحد وهو جواز بيع العبد من الاجنبي بالغبن الفاحش وعدم الجواز من المولى والفرق ما ذكر فى الكتاب وعلى أصلهما يحتاج الى الفرقين أحدهما فى حق المحاباة اليسيرة بين المولى والاجنبي حيث لا يؤمر الاجنبي بازالة المحاباة والمولى يؤمر عندهما والثانى فى حق المحاباة الفاحشة بين المولى والاجنبي حيث لا يجوز بيعه من الاجنبي مع المحاباة أصلا عندهما ويجوز بيعه من المولى مع المحاباة الفاحشة ولكن يؤمر المولى بازالة المحاباة ههنا أيضا كما فى اليسيرة وهذا الذى ذكرنا قول بعض المشايخ وقيل الصحيح قوله كقولهما لان المولى يستبد من تخليص كسبه لنفسه بالقيمة بدون البيع فلان يكون له ذلك بالبيع أولى وصار العبد فى تصرفه مع مولاه كالمريض المديون فى تصرفه مع الاجنبي (قوله لان المولى أجنبي عن كسبه) هذه النكتة على قول أبى حنيفة رحمه الله

(وان أمسك المولى المبيع فى يده حتى يستوفى الثمن جاز) لانه بائع وللبائع حق الحبس فى المبيع ولهذا كان هو أخص به من الغرماء) فان قيل فعلى هذا التقدير استوجب دينا فى ذمة العبد حتى حبس المبيع لاجله وهو لا يستوجبه على ما قلتم آنفا أجاب بقوله (وجاز أن يكون للمولى حق فى الدين اذا تعلق بالعين) يعنى يجوز أن يستوجب على عبده دينا اذا كان ذلك الدين

متعلقا بالعين كالمكاتب فان المولى استوجب عليه بدل الكتابة وهو دين لما تعلق برقبته وهذا لان البيع قبل التسليم يزيل العين عن ملك البائع ولا يزيل يده ما لم يستوف الثمن فاذا كانت اليد باقية تعلق حقه بالعين من حيث هى لا بالدين من حيث تعلقه بالعين (ولو باعه بأكثر من قيمته جاز لكنه يخير بين ازالة المحاباة ونقض البيع كما بينا فى جانب العبد) سواء كانت يسيرة أو كثيرة (لان الزيادة تعلق بها حق الغرماء) قال فى النهاية هذا على اختيار صاحب المبسوط وأما على رواية صاحب الكتاب وهو رواية مبسوط شيخ الاسلام رحمه الله فان هذا البيع لا يجوز عند أبى حنيفة رحمه الله أصلا كما ذكر فى جانب العبد قال (واذا أعتق المولى) عبده (المأذون) له (وعليه ديون) لزمته بسبب التجارة أو الغصب أو جحود الوديعة أو اتلاف المال (فاعتاقه جائز لبقاء ملكه فيه وهو ضامن للغرماء قيمته) بالغة ما بلغت اذا كان الدين مثلها أو أكثر منها علم بالدين أو لم يعلم به (لانه أتلف ما تعلق

ولا تهمة فى هذا البيع ولانه مفيد فانه يدخل فى كسب العبد ما لم يكن فيه ويتمكن المولى من أخذ الثمن بعد أن لم يكن له هذا التمكن وصحة التصرف تتبع الفائدة (فان سلم المبيع اليه قبل قبض الثمن بطل الثمن) لان حق المولى فى العين من حيث الحبس فلو بقى بعد سقوطه يبقى فى الدين ولا يستوجبه المولى على عبده بخلاف ما اذا كان الثمن عرضا لانه يتعين وجاز أن يبقى حقه متعلقا بالعين قال (وان أمسكه فى يده حتى يستوفى الثمن جاز) لان البائع له حق الحبس فى المبيع ولهذا كان أخص به من الغرماء وجاز أن يكون للمولى حق فى الدين اذا كان يتعلق بالعين (ولو باعه بأكثر من قيمته يؤمر بازالة المحاباة أو بنقض البيع) كما بينا فى جانب العبد لان الزيادة تعلق بها حق الغرماء قال (واذا أعتق المولى المأذون وعليه ديون فعتقه جائز) لان ملكه فيه باق والمولى ضامن لقيمته للغرماء لانه أتلف ما تعلق به حقهم بيعا واستيفاء من ثمنه (وما بقى من الديون يطالب به بعد العتق) لان الدين فى ذمته وما لزم المولى الا بقدر ما أتلف ضمانا فبقى الباقى عليه كما كان (فان كان أقل من قيمته ضمن الدين لا غير) لان حقهم بقدره بخلاف ما اذا أعتق المدبر وأم الولد المأذون لهما وقد ركبتهما ديون لان حق الغرماء لم يتعلق برقبتهما استيفاء بالبيع فلم يكن المولى متلفا حقهم فلم يضمن شيأ

ومعطوف على قوله وان باعه بنقصان لم يجز من حيث المعنى تقدير الكلام وان باع من المولى بمثل قيمته جاز بخلاف ما اذا باع بالنقصان حيث لم يجز وبخلاف ما اذا باع المريض هذا على تقدير الواو فى قوله وبخلاف اهـ والعجب أن صاحب العناية وان لم يطلع على ما ذكرناه أولا من التوجيه الوجيه الا أن الظاهر أنه قد رأى توجيه صاحب معراج الدراية ومع ذلك جزم بانه معطوف بلا معطوف عليه بدون أن يبين الفساد فى توجيه صاحب معراج الدراية نعم فى توجيهه تمحل لا يخفى ولكن لا يخفى أيضا أنه ليس بابعد وأقبح مما اختاره صاحب العناية نفسه حيث قال والظاهر عدم الواو بجعله متعلقا باول المسئلة وفى كلامه تعقيد الى آخر ما ذكره كما سيأتى نقله وبيان حاله وقال صاحب النهاية بعد كلامه السابق ويجوز أن يكون بدون الواو فيتعلق بحكم قوله المتصل به وهو قوله بخلاف ما اذا حابى الاجنبى أى أنه يجوز فى كل حال أعنى اذا كانت المحاباة يسيرة أو فاحشة أو كان البيع بمثل القيمة وبيع المريض من وارثه لا يجوز عند أبى حنيفة فى كل حال من هذه الاحوال وهذا أوجه ولكن النسخة بالواو تاباه اهـ كلامه ورد عليه صاحب العناية كلامه هذا أيضا حيث قال بعد نقله أيضا عنه قلت ذلك أوجه من حيث اللفظ بالقرب دون المعنى لان المفهوم من قوله بخلاف ما اذا حابى الاجنبى جواز المحاباة معه مطلقا ولا يرد بيع المريض من وارثه بمثل القيمة اشكالا عليه حتى يحتاج الى الجواب اهـ (أقول) ليس هذا أيضا بوارد لانه كما يفهم من قوله بخلاف ما اذا حابى الاجنبى جواز المحاباة معه مطلقا كذلك يفهم منه جواز بيعه منه بمثل القيمة غير أن الاول

والنكتة الثانية وهو قوله ولانه مفيد على قولهما أو على قول الكل (قوله بخلاف ما اذا كان الثمن عرضا لانه يتعين وجاز أن يبقى حقه متعلقا بالعين) والمولى أحق بذلك من الغرماء لانه بالعقد ملك العرض بعينه ولا يجب دين فى ذمته ويجوز أن يكون عين ملكه فى يد عبده وهو أحق به من الغرماء كما لو غصب شيأ من ماله أو أودع مالا عند عبده (قوله اذا كان يتعلق بالعين) كالمكاتب لما كان للمولى تعلق برقبته جاز أن يجب عليه بدل الكتابة وكذلك المستسعى عند أبى حنيفة رحمه الله (قوله ولو باعه بأكثر من قيمته يؤمر بازالة المحاباة أو نقض البيع كما بينا فى جانب العبد) كذا ذكره شمس الائمة السرخسى وغيره فى شرح المبسوط

به حقهم بيعا واستيفاء من ثمنه) وضمان الاتلاف لا يختلف بالعلم وعدمه ولا يوجب أزيد من مقدار ما أتلفه (فبقى الباقى عليه كما كان) ويطالب به بعد العتق (فان كان الدين أقل من قيمته ضمن الدين لا غير لان حقهم بقدره بخلاف ما اذا أعتق المدبر) على ما ذكره وهو واضح

(قوله وأما على رواية صاحب الكتاب) أقول يعنى القدورى

مفهوم بالعبارة والثاني مفهوم بالدلالة لانه اذا جازت المحاباة معه فلان جاز البيع منه بمثل القيمة أولى كما لا يخفى وعن هذا قال صاحب العناية في تفسير قوله بخلاف ما اذا حابى الاجنبي أي أنه يجوز في كل حال أعني اذا كانت المحاباة يسيرة أو فاحشة أو كان البيع بمثل القيمة فاذن اتجهت المطالبة بالفرق بين بيع العبد من الاجنبي و بين بيع المريض من الوارث حيث جاز الاول دون الثاني مع أن في كل منهما تعلق حق الغير بالمبيع فاحتاج الى الجواب عنها بقوله بخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز عنده لان حق بقية الورثة تعلق بعينه يعني أنه لا يجوز عنده بيع المريض من الوارث بمثل قيمة المبيع بناء على تعلق حق الغير بعينه فكيف يجوز بيعه منه بالمحاباة وقد سلك ههنا أيضا مسلك الدلالة فلا محذور في ترك الواو من حيث المعنى على تقدير أن يجعل قوله المذكور متعلقا بحكم قوله المتصل به وقال تاج الشريعة قلت ينبغي أن يأتي بالمسئلة بلا واو لانه أول مسئلة موردة نقضا على مسئلة الكتاب دون قوله بخلاف ما اذا حابى الاجنبي لانه لبيان الفرق بين ما اذا باعه من المولى بنقصان لم يجز ومع الاجنبي جاز وانما أدخل الواو فيه لئلا يتوهم أنه نقض على بيع المريض من الاجنبي بالمحاباة فادخل الواو لدفع هذا الوهم اه (أقول) ليس هذا بسديد أما أولا فلان قوله لانه أول مسئلة موردة نقضا على مسئلة الكتاب دون قوله بخلاف ما اذا حابى الاجنبي لانه لبيان الفرق بين ما اذا باعه من المولى بنقصان لم يجز ومع الاجنبي جاز كلام خال عن التحصيل لان مسئلة الكتاب ههنا اثنتان أولاهما قوله واذا باع من المولى شيأ بمثل قيمته جاز وأخراهما قوله وان باعه بنقصان لم يجز فكما أن قوله بخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته لدفع توهم انتقاض المسئلة الاولى بمسئلة بيع المريض من الوارث بمثل القيمة كذلك قوله بخلاف ما اذا حابى الاجنبي لدفع توهم انتقاض المسئلة الاخرى بمسئلة محاباة المأذون مع الاجنبي وكما أن قوله بخلاف ما اذا حابى الاجنبي لبيان الفرق بين ما اذا باع المأذون من مولاه شيأ بنقصان و بين ما اذا باعه من الاجنبي بنقصان كذلك قوله و بخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته لبيان الفرق بين ما اذا باع المأذون من مولاه شيأ بمثل قيمته و بين ما اذا باعه المريض من وارثه بمثل قيمته فان أراد تاج الشريعة بقوله المذكور أن الاولى من المسئلتين المزبورتين مسئلة الكتاب أي مختصر القدوري دون الاخرى منهما فليس بصحيح اذ كلتاهما مسئلتان مذكورتان معا في مختصر القدوري وان أراد بذلك أنهما وان كانتا معا مسئلتي الكتاب الا أن قوله و بخلاف ما اذا باع المريض الخ لدفع توهم الانتقاض دون قوله بخلاف ما اذا حابى الاجنبي فانه لبيان الفرق فليس بصحيح أيضا لان دفع توهم الانتقاض انما يكون ببيان الفرق فقصد أحدهما يستلزم قصد الآخر على أنه لا تأثير لهذا المعنى في اثبات المسئلة بلا واو كما لا يخفى على الفطن فلا يثبت مدعاه وان أراد به أن قوله و بخلاف ما اذا باع المريض متعلق باولى مسئلتي الكتاب وقوله و بخلاف ما اذا حابى الاجنبي متعلق باخراهما فلا معنى للواو فيما يتعلق بالاولى قلنا قد تقرر في علم الادب أن الواو لمطلق الجمع لا ترتيب فيها فدخولها لا يقتضي التأخر لا في الوقوع ولا في التعلق فلا محذور في اتيان الواو ههنا أصلا وأما ثانيا فلأن قوله وانما أدخل الواو فيه لئلا يتوهم أنه نقض على بيع المريض من الأجنبي بالمحاباة فادخل الواو لدفع هذا الوهم ليس بتام أيضا لانه اذا كان الواو فيه للعطف كما هو الظاهر المتبادر فان كان المحل صالحا للعطف فما معنى قوله من قبل ينبغي أن يأتي بالمسئلة بلا واو لانه أول مسئلة موردة نقضا على مسئلة الكتاب وان لم يكن صالحا له فكيف يصح ادخال واو العطف فيما لا يصلح للعطف لمجرد دفع توهم شئ وان لم يكن الواو للعطف فمن أين يندفع ذلك التوهم وقال صاحب العناية والظاهر عدم الواو بجعله متعلقا باول المسئلة وفي كلامه تعقيد وتقدير كلامه هكذا وان باع من المولى شيأ بمثل القيمة جاز لانه كالأجنبي عن كسبه اذا كان عليه دين بخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز عنده لان حق بقية الورثة تعلق بعينه أي عين مال الميت حتى كان لاحدهم الاستخلاص باداء قيمته أما حق الغرماء فيتعلق بالمالية لا غير فافترقا أي المولى والمريض في جواز البيع من المولى بمثل القيمة دون الوارث ثم بعد ذلك يذكر قوله وان باع بنقصان

من غير ذكر خلاف ويحتمل أن يكون البيع فاسدا عند أبي حنيفة رحمه الله على قول بعض المشايخ كما في

قال

قال (وان باعه المولى وعليه دبون تحيط برقبته وقبضه المشترى وغيبه) معناه باعه بثمن لايفى بديونهم بدون اذن الغرماء والدين حال (فان شاء الغرماء ضمنوا البائع قيمته وان شاؤا ضمنوا المشترى لان حقهم تعلق بالعبد حتى كان لهم أن يبيعوه الا أن يقضى المولى دينهم) وقد أتلفاه أما البائع فبالبيع والتسليم وأما المشترى فبالقبض والتغييب فيخير الغرماء فى التضمين وانما لم يكتف بمجرد البيع والشراء لانهما لايضمنان بمجردهما بل بتغييب مافيه حق الغرماء وهو العبد لانهم يستسعونه أو يبيعونه كما مر بدون وذلك انما يفوت بالتسليم والتغييب لابمجرد البيع والشراء (وان شاؤا أجازوا البيع وأخذوا الثمن لان الحق لهم فلهم الاجازة لان الاجازة اللاحقة كالاذن السابق) ولو كان البيع باذنهم لم يكن هناك ضمان فكذا اذا أجازوا وكذا اذا كان الثمن وفى بديونهم ووصل اليهم فليس لهم تضمين البائع على ما سيجئ وكذا اذا كانت الديون على المأذون مؤجلة الى أجل فباعه المولى بأكثر من قيمته أو بأقل منها جاز بيعه وليس لهم حق المطالبة حتى يحل دينهم فان حل ضمنوه قيمته لانه أتلف عليهم محل حقهم وهو المالية وهذه فوائد القيود المذكورة وقوله (كما فى المرهون) يعنى أن الراهن اذا باع المرهون بدون اجازة المرتهن ثم أجازه المرتهن جاز البيع لان الاجازة فى الانتهاء كالاذن فى الابتداء (فان ضمنوا البائع قيمته ثم رد على المولى الخ) معناه اذا قبله بقضاء لان القاضى اذا رده فقد فسخ العقد بينهما فعاد الى الحال الاولى وهو ظاهر ولكن بقى شئ وهو أن حقهم كان فى بيع العبد والمولى قد رفع عنهم المؤنة فلا يجب عليه الضمان كالوصى اذا باع التركة بغير اذن الغرماء وأجيب عن ذلك بان حقهم لم ينحصر فى البيع بل لهم الاستسعاء وقد فات بالبيع وحق الغرماء منحصر فى بيع التركة فافترقا قال (ولو كان المولى باعه من رجل وأعلمه بالدين) اذا قال المولى هذا العبد الذى أبيعه مديون بريد به سقوط خيار المشترى فى الرد بعيب الدين ليكون البيع بينهما لازما فذلك لايوجب اللزوم فى حق الغرماء (فلهم أن يردوا البيع لتعلق حقهم

قال (وان باعه المولى وعليه دين يحيط برقبته وقبضه المشترى وغيبه فان شاء الغرماء ضمنوا البائع قيمته وان شاؤا ضمنوا المشترى) لان العبد تعلق به حقهم حتى كان لهم أن يبيعوه الا أن يقضى المولى دينهم والبائع متلف حقهم بالبيع والتسليم والمشترى بالقبض والتغييب فيخيرون فى التضمين (وان شاؤا أجازوا البيع وأخذوا الثمن) لان الحق لهم والاجازة اللاحقة كالاذن السابق كما فى المرهون (فان ضمنوا البائع قيمته ثم رد على المولى بعيب فللمولى أن يرجع بالقيمة ويكون حق الغرماء فى العبد) لان سبب الضمان قد زال وهو البيع والتسليم وصار كالغاصب اذا باع وسلم وضمن القيمة ثم رد عليه بالعيب كان له أن يرد على المالك ويسترد القيمة كذا هذا قال (ولو كان المولى باعه من رجل وأعلمه بالدين فللغرماء أن يردوا البيع) لتعلق حقهم

لم يجز الخ اه كلامه (أقول) لايخفى على ذى فطرة سليمة أن جعل الظاهر ههنا عدم الواو وبناءه على حمل كلام المصنف على مثل هذا التعقيد القبيح عدول عن سنن الصواب وخروج عن دائرة الانصاف ولعل هذا أقبح الاحتمالات المذكورة فى حل هذا المحل ثم ان فى تقريره خللا آخر فانه قال فى تفسير قول المصنف فافترقا أى المولى والمريض وكان الصواب أن يقول أى العبد والمريض كما لايخفى على المتامل والعجب أنه قال بعد ذلك فى جواز البيع من المولى بمثل القيمة دون الوارث فيؤل المعنى على هذا الى أن يقال فى جواز بيع المولى من المولى دون جواز بيع المريض من الوارث ولا يخفى ما فيه (قوله وان باعه المولى وعليه ديون تحيط برقبته وقبضه المشترى وغيبه فان شاء الغرماء ضمنوا البائع قيمته وان شاؤا ضمنوا المشترى) قال الشراح انما قيد سبب ضمان كل واحد من البائع والمشترى بما ذكر من التسليم والتغييب ولم يكتف بمجرد البيع والشراء لانهما لايضمنان بمجردهما بل بتغييب ما فيه حق الغرماء وهو العبد لانهم يستسعونه أو يبيعونه كما مر بدون وذلك انما يفوت بالتسليم والتغييب لابمجرد البيع والشراء اه (أقول) لقائل أن يقول فاذن ينبغى أن يكون الضمان فى هذه المسئلة على المشترى فقط فان تغييب العبد الذى فيه حق الغرماء انما وقع منه دون البائع ولولا التغييب لأمكن لهم أن يردوا البيع فيستسعون العبد أو يبيعونه فلا ضمان حينئذ على أحد كما سيجئ فى المسئلة الآتية فان قلت تغييب ذلك العبد وان وقع من المشترى دون البائع الا أن فى البائع أيضا سببية له اذ لولا بيعه وتسليمه لما غيبه المشترى قلت نعم الا أن سببية ذلك بعيدة وقد تقرر عندهم ومر مرارا أن

الفصل الاول وهو منصوص عليه فى المختصر وغيره (قوله فيخيرون فى التضمين) ثم ان ضمنوا المشترى رجع المشترى بالثمن على البائع لان استرداد القيمة منه كاسترداد العبد لو ظفروا به وان ضمنوا البائع قيمته تم البيع الذى جرى بين البائع والمشترى لزوال المانع (قوله والاجازة اللاحقة كالاذن السابق) فان قيل يشكل بما اذا كفل رجل عن غيره بغير اذنه ثم أذن المكفول له لا يرجع الكفيل عليه قلنا لانه لايحتاج الى الاذن فلا يؤثر الاذن فيها ولا كذلك ههنا فان البيع يتوقف لزومه على اجازة الغرماء (قوله كما فى المرهون) أى الراهن اذا باع المرهون ثم أجاز المرتهن البيع (قوله وأعلمه بالدين) أى أعلم البائع المشترى بان هذا العبد الذى

(قوله لانهم يستسعونه الخ) أقول وعلى هذا ففى التعليل الذى ذكره المصنف قصور (قوله فاذا حل ضمنوه الخ) أقول فيه تأمل (قوله وأجيب عن ذلك بان حقهم لم ينحصر الخ) أقول قد علم هذا الجواب مما سبق فى آخر الصحيفة السابقة وتكراره لافادة الفرق مع الوصى

وهو حق الاستسعاء والاستيفاء من رقبته وفى كل واحد منهما فائدة فالاول تام مؤخر والثانى ناقص معجل و بالبيع تفوت هذه الخيرة فلهذا كان لهم أن يردوه قالوا تأويله اذا لم يصل اليهم الثمن فان وصل ولا محاباة فى البيع ليس لهم أن يردوه لوصول حقهم اليهم

الحكم يضاف الى أقرب الاسباب فتامل ثم ان صاحب العناية قال ولكن بقى شئ وهو أن حقهم كان فى بيع العبد والمولى قد دفع عنهم المؤنة فلا يجب عليه الضمان كالوصى اذا باع التركة بغير اذن الغرماء وأجيب عن ذلك بان حقهم لم ينحصر فى البيع بل لهم الاستسعاء وقد فات بالبيع وحق الغرماء منحصر فى بيع التركة فافترقا اه كلامه (أقول) لا يتجه السؤال المذكور على مسئلتنا هذه أصلا لان وضعها فيما اذا كان ثمن العبد أقل من قيمته وأما اذا كان ثمنه أكثر من قيمته أو مساويا لها فلا يثبت للغرماء الخيار بين الاشياء الثلاث المذكورة فى هذه المسئلة بل يتعين لهم اذ ذاك اجازة البيع وأخذ الثمن لعدم الفائدة فى التضمين وقد صرح بذلك كثير من الثقات منهم تاج الشريعة حيث قال وهذا الخيار اذا كان الثمن أقل من القيمة أما اذا كان أكثر أو مساويا فلا خيار لهم اه ومنهم صاحب الغاية حيث قال بعد ذكر تمام المسئلة و بيان أنه لفظ محمد فى الجامع الصغير هذا اذا باعه باقل من قيمته فاما اذا باعه بقيمته أو باكثر من قيمته وقبض وهو فى يده فلا فائدة فى التضمين ولكن يدفع الثمن اليهم اه فاذا كانت مسئلتنا هذه فيما اذا كان ثمن العبد الذى باعه المولى به أقل من قيمته لم يتجه أن يقال ان حقهم كان فى بيع العبد والمولى قد دفع عنهم المؤنة فلا يجب عليه الضمان لان حقهم كان فى بيع العبد بقيمته والمولى قد باعه باقل منها فقد قصر وتعدى فوجب عليه الضمان قطعا * ثم أقول فى الجواب المذكور نظر لان حاصله أن سبب وجوب الضمان على المولى تفويته حق الاستسعاء للغرماء ببيعه العبد ومقتضى هذا أن يجب على المولى ضمان الديون بالتمام دون ضمان قيمة العبد فقط لانهم كان لهم أن يستسعوا العبد فى جميع ديونه لهم لا فى مقدار قيمته فقط وقد فات بالبيع والتغييب حق الاستسعاء بالكلية فينبغى أن يضمن البائع والمشترى جميع ما فوتاه وهو جميع ما يمكن استيفاؤه بالاستسعاء من الديون ولم يقل به أحد وانما الذى قالوا به أن يجب عليهما ضمان مقدار قيمة العبد لا غير فتدبر (قوله قالوا تأويله اذا لم يصل اليهم الثمن فان وصل ولا محاباة فى البيع ليس لهم أن يردوه لوصول حقهم اليهم) قال صاحب النهاية فى هذا اللفظ نوع نظر اذ كان من حقه أن يقال وتأويله اذا باع بثمن لا يفى بديونهم كما هو المذكور فى باب جناية العبد من كتاب الجامع الكبير لفخر الاسلام ومأذون الجامع الصغير لقاضيخان والذخيرة وذلك لانه اذا لم

أبيعك مديون وفائدة هذا الاعلام سقوط خيار المشترى فى الرد بعيب الدين حتى يقع البيع لازما فيما بين البائع والمشترى وان لم يكن لازما فى حق الغرماء اذا لم يكن فى ثمنه وفاء بديونهم (قوله فالاول تام مؤخر) الى زمان الاستسعاء والثانى ناقص معجل هذا اذا لم يكن فى الثمن وفاء بديونهم (قوله قالوا تأويله اذا لم يصل اليهم الثمن فان وصل ولا محاباة ليس لهم أن يردوه) أى ليس للغرماء حق نقض البيع اذا وصل اليهم الثمن والبيع بمثل القيمة وان لم يكن فى الثمن وفاء بديونهم ذكر الامام قاضيخان وغيره وهو قوله تأويله اذا باع بثمن لا يفى بديونهم لانه كان لهم حق الاستسعاء الى أن تصل اليهم ديونهم و بعد البيع لا يمكنهم الاستسعاء فى ملك المشترى فكان لهم أن ينقضوا البيع وان كان فى الثمن وفاء بديونهم لا يكون لهم ولاية نقض البيع على أن لهم حق القبض اذا لم يكن فى الثمن وفاء بديونهم وفى النهاية وفى هذا اللفظ نوع نظر اذ كان من حقه أن يقال وتأويله اذا باع بثمن لا يفى بديونهم كما هو المذكور فى باب جناية العبد من كتاب الجامع الكبير لفخر الاسلام ومأذون

وهو حق الاستسعاء والاستيفاء من رقبته) به وكلمته محذوفة من المتن (وفى كل منهما فائدة فالاول) يعنى الاستسعاء (تام مؤخر والثانى ناقص) ان لم يف بديونهم (معجل و بالبيع تفوت هذه الخيرة فلهذا كان لهم أن يردوه قال المشايخ تأويله اذا لم يصل اليهم الثمن فان وصل ولا محاباة فى البيع ليس لهم أن يردوه لوصول حقوقهم اليهم) قيل فى عبارته تسامح لان وصول الثمن اليهم مع عدم المحاباة فى البيع لا يستلزم نفى الرد لجواز أن يصل اليهم الثمن ولا محاباة فى البيع لكن لا يفى الثمن بديونهم فيبقى لهم ولاية الرد والاستسعاء فى الديون وأجيب بانهم قد رضوا بسقوط حقهم حيث قبضوا الثمن فلم يبق لهم ولاية الرد وفيه نظر لانه يذهب بفائدة قوله ولا محاباة فى البيع فانهم اذا قبضوا الثمن و رضوا به سقط حقهم وان كان فيه محاباة ولعل الصواب أن يقال قوله ولا محاباة فى البيع معناه أن الثمن يفى بديونهم بدليل قوله والثانى ناقص معجل فانه انما يكون ناقصا اذا لم يف بالديون فان قيل اذا باع المولى عبده الجانى بعد العلم بالجناية كان مختارا للفداء فما بال هذا لا يكون مختارا لقضاء الديون من ماله أجيب بان موجب الجناية الدفع على المولى فاذا تعذر عليه بالبيع طولب به لبقاء الواجب عليه وأما الدين فهو واجب فى ذمة العبد بحيث لا يسقط عنه بالبيع والاعتاق حتى يؤاخذ به بعد العتق فلما كان كذلك كان البيع من المولى بمنزلة أن يقول أنا أقضى دينه وذلك عدة منه بالتبرع فلا يلزمه وفيه نظر لان قوله أنا أقضى دينه يحتمل الكفالة فلم يتعين عدة والجواب أن العدة أدنى الاحتمالين فيثبت به الا أن قال

(قوله ولعل الصواب أن يقال قوله ولا محاباة فى البيع الخ) أقول فان قيل كيف يندفع بهذا الذهاب بفائدة قوله ولا محاباة قلنا لان الوصول لا يستلزم القبض فانه يكون باحضار الثمن والتخلية بينهم و بينه فليتأمل (قوله بدليل قوله والثانى الخ) أقول دلالته لا تخلو عن خفاء

قال (فان كان البائع غائبا فلا خصومة بينهم وبين المشترى) معناه اذا أنكر الدين وهذا (عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف المشترى خصمهم ويقضى لهم بدينهم) وعلى هذا الخلاف اذا اشترى دارا ووهبها وسلمها وغاب ثم حضر الشفيع فالموهوب له ليس بخصم عندهما خلافا له وعنهما مثل قوله فى مسئلة الشفعة لابى يوسف أنه يدعى الملك لنفسه فيكون خصما لكل من ينازعه ولهما أن الدعوى تتضمن فسخ العقد وقد قام بهما فيكون الفسخ قضاء على الغائب

يكن فى البيع محاباة ولكن الثمن كان لا يفى بديونهم كان لهم أن يردوا البيع لفوات حقهم فى الاستسعاء فيما بقى من ديونهم على العبد وبماذكر فى الكتاب لا يحصل هذا المعنى وهو انسداد باب الرد لهم لانه يحتمل أن لا يفى الثمن بديونهم وان لم يكن فى البيع محاباة فتبقى لهم ولاية الرد لاستسعاء باقى الديون لهم الا أن يريد بقوله فان وصل ولا محاباة فى البيع رضا الغرماء باخذهم الثمن فانهم لما أخذوا الثمن كانوا راضين بالبيع فينسد حينئذ باب الرد لكن احتمال ارادة احضار الثمن والتخلية بينهم وبين الثمن بلفظ الوصول باق فلا يتمحض ذلك اللفظ حينئذ بيانا لانسداد باب الرد لهم من كل وجه فكان المعقول ماذكره الامام قاضيخان فى جامعه بقوله وتاويله اذا باع بثمن لا يفى بديونهم لانهم كان لهم حق الاستسعاء الى أن يصل اليهم ديونهم وبعد البيع لا يمكنهم الاستسعاء فى ملك المشترى فكان لهم أن ينقضوا البيع وان كان فى الثمن وفاء بديونهم لا يكون لهم ولاية نقض البيع الى هنا كلام صاحب النهاية وقد نقله صاحب معراج الدراية بعين عبارته وأما صاحب العناية فنقله بطريق الاجمال وأورد النظر على الجواب حيث قال قيل فى عبارته تسامح لان وصول الثمن اليهم مع عدم المحاباة فى البيع لا يستلزم نفى الرد لجواز أن يصل اليهم الثمن ولا محاباة فى البيع لكن لا يفى الثمن بديونهم فيبقى لهم ولاية الرد والاستسعاء فى الديون وأجيب بانهم قد رضوا بسقوط حقهم حيث قبضوا الثمن فلم يبق لهم ولاية الرد وفيه نظر لانه يذهب بفائدة قوله ولا محاباة فى البيع فانهم اذا قبضوا الثمن ورضوا به سقط حقهم وان كان فيه محاباة الى هنا كلامه (أقول) أولا فى الجواب المذكور نظر آخر وهو أنه لو كان مراد المصنف بقوله فان وصل ولا محاباة فى البيع ماذكر فى ذلك الجواب لما تم تعليله بقوله لوصول حقهم اليهم لانه اذا لم يكن فى الثمن وفاء بديونهم لم يصل اليهم حقهم بالتمام ووصول بعض حقهم اليهم لم يفد شيئا فى نفى ردهم البيع كما بين فى السؤال بل كان حق التعليل حينئذ أن يقال لرضاهم بسقوط حقهم * وأقول ثانيا يمكن الجواب عن النظر الذى أورده صاحب العناية بان فائدة قوله ولا محاباة فى البيع حينئذ هى أن لهم أن يقولوا فى صورة المحاباة انما قبضنا الثمن على اعتقاد أن لا محاباة فى البيع فاذا علمنا المحاباة فيه لا نرضى بها بل نرد البيع فنتبع العبد بتمام القيمة بخلاف ما اذا لم يكن فى البيع محاباة فانه لا يتمشى فيه ذلك العذر فافترقا ثم قال صاحب العناية ولعل الصواب أن يقال قوله ولا محاباة فى البيع معناه أن الثمن يفى بديونهم بدليل قوله والثانى ناقص مجمل فانه انما يكون ناقصا اذا لم يف بالديون اهـ (أقول) وفيه نظر أما أولا فلانه لو كان معنى قوله ولا محاباة فى البيع أن الثمن يفى بديونهم لذهبت فائدة قوله فان وصل فى قوله فان وصل ولا محاباة وفائدة قوله اذا لم يصل اليهم الثمن فى قوله وتاويله اذا لم يصل اليهم الثمن اذ لا شك أن الثمن اذا كان يفى بديونهم لم يكن لهم أن يردوا البيع سواء وصل اليهم الثمن أو لم يصل اذ لا يبقى لهم حينئذ حق الاستسعاء بل يتعين حق الاستيفاء من رقبته فلا تتصور فائدة فى الرد فلا يثبت لهم الخيرة وأما ثانيا فلان معنى انتفاء المحاباة فى البيع ليس عين معنى وفاء

الجامع الصغير لقاضيخان والذخيرة (قوله فان كان البائع غائبا فلا خصومة بينهم وبين المشترى) هذه المسئلة مختلف فيها أما اذا كان المشترى غائبا والبائع حاضرا فلا خصومة بينهم وبين البائع فى رقبة العبد بلا خلاف حتى يحضر المشترى لان الملك واليد للمشترى وابطال ذلك بدون حضوره لا يمكن فيه فما لم يبطل ملك المشترى لا تكون الرقبة محلا لحق الغرماء الا أن لهم أن يضمنوا البائع قيمته لان بالبيع والتسليم صار مفوتا محل حقهم (قوله معناه اذا أنكر الدين) وانما قيد به لانه اذا أقر المشترى بديونهم وصدقهم فى دعوى الدين

يقوم الدليل على خلافه (فان كان البائع غائبا فلا خصومة بينهم وبين المشترى اذا أنكر الدين عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله) وانما قيد بالانكار لان المشترى اذا أقر بدينهم وصدقهم فى الدعوى كان لهم أن يردوا البيع بلا خلاف (وقال أبو يوسف رحمه الله المشترى خصمهم ويقضى لهم بدينهم) لانه يدعى الملك لنفسه فيكون خصما لكل من ينازعه فيما فى يده (ولهما أنه لو جعل خصما لادعى عليه والدعوى تتضمن فسخ العقد والعقد قد قام بهما فيكون الفسخ قضاء على الغائب) قال فخر الاسلام رحمه الله وعلى هذا الخلاف اذا اشترى رجل دارا لها شفيع ثم وهبها لرجل وسلمها اليه وغاب الواهب ثم حضر الشفيع فان الموهوب له ليس بخصم عندهما خلافا له وعنهما وهو رواية ابن سماعة مثل قوله فى هذه المسئلة

قال (ومن قدم مصرا) رجل قدم مصرا وقال أنا عبد لفلان فاشترى و باع لزمه كل شئ من التجارة لانه ان أخبر أنه ماذون له فاخباره دليل عليه وان لم يخبره فتصرفه دليل على اذنه وهو استحسان والقياس أن لا يقبل قوله لانه أخبر بشيئين أحدهما أنه أخبر أنه مملوك وهذا اقرار منه على نفسه والثانى أخبر أنه ماذون فى التجارة وهذا اقرار على المولى واقراره عليه ليس بحجة وجه الاستحسان ماذكره فى الكتاب وقوله (كى لا يضيق الامر على الناس) توضيحه أن للناس حاجة الى قبول قوله لان الانسان يبعث الاحرار والعبيد فى التجارة فلو لم يقبل قول الواحد فى المعاملات لاحتاج الى أن يبعث شاهدين يشهدان عند كل تصرف أنه ماذون له فى التجارة وفى ذلك من الضيق مالا يخفى وقوله (الا أنه) استثناء من قوله لزمه كل شئ ومعناه أنه اذا لم يكن فى كسبه وفاء لا يباع فى الدين حتى يحضر مولاه لانه لا يقبل قوله فى لرقبة لان بيعها ليس من لوازم الاذن فى التجارة ألا نرى أنه اذا أذن للمدبر وأم الولد ولحقهما الدين لا يباعان فيه فكانت خالص حق المولى وحينئذ جاز أن يكون ماذونا ولا يباع بخلاف الكسب فان قضاء الدين من كسبه من لوازم الاذن فى التجارة وهو حق العبد على ما بينا يريد به قوله فى وسط كتاب المأذون ويتعلق دينه بكسبه الى أن قال لان المولى انما يخلفه فى الملك بعد فراغه عن حاجة العبد (فان حضر مولاه فقال هو ماذون له بيع فى الدين لظهوره فى حق المولى وان قال هو محجور فالقول قوله) وعلى الغرماء البينة لان دعواه الاذن كدعواه الاعتاق والكتابة ولا يقبل قوله عند جحود المولى الا ببينة

*(فصل

قال (ومن قدم مصرا وقال أنا عبد لفلان فاشترى و باع لزمه كل شئ من التجارة) لانه ان أخبر بالاذن فالاخبار دليل عليه وان لم يخبر فتصرفه دليل عليه اذ الظاهر أن المحجور يجرى على موجب حجره والعمل بالظاهر هو الاصل فى المعاملات كى لا يضيق الامر على الناس (الا أنه لا يباع حتى يحضر مولاه) لانه لا يقبل قوله فى الرقبة لانها خالص حق المولى بخلاف الكسب لانه حق العبد على ما بينا (فان حضر فقال هو مأذون بيع فى الدين) (لانه ظهر الدين فى حق المولى) (وان قال هو محجور فالقول قوله) لانه متمسك بالاصل

الثمن بدونهم وهو ظاهر وأن أحدهما لا يستلزم الآخر أصلا لجواز أن تنتفى المحاباة فى البيع ولا يفى الثمن بدونهم وجواز أن يفى الثمن بدونهم ولا تنتفى المحاباة فلم يصح أن يكون معنى قوله ولا محاباة فى البيع أن الثمن يفى بدونهم لا بحسب الحقيقة وهو ظاهر ولا بحسب التجوز أو الكناية لعدم العلاقة المصححة لذلك بينهما (قوله ومن قدم مصرا وقال أنا عبد لفلان فاشترى و باع لزمه كل شئ من التجارة لانه ان أخبر بالاذن فالاخبار دليل عليه وان لم يخبر فتصرفه دليل عليه) قال فى النهاية أى فتصرفه دليل على أنه ماذون فى التجارة وقال هذا الذى ذكره جواب الاستحسان وأما جواب القياس فان لا يقبل قوله لانه أخبر عن شيئين أحدهما أخبر أنه مملوك وهذا اقرار على نفسه والثانى أخبر أنه ماذون فى التجارة وهذا اقرار على المولى واقراره عليه لا يصلح حجة وأما وجه الاستحسان فما ذكره فى الكتاب اه واقتفى أثره صاحب العناية فى شرح هذا المقام اثر ذلك (أقول) تحرير هذا المحل على هذا المنوال لا يخلو عن الاختلال فان قولهما فى تقرير وجه القياس والثانى أخبر أنه ماذون فى التجارة وهذا اقرار على المولى غير متمش فى أحد شقى هذه المسئلة وهو ما اذا لم يخبر بالاذن اذ لا اخبار من العبد فى هذه الصورة فلا اقرار على المولى فيها وأما جعل الاخبار فى قولهما والثانى أخبر أنه ماذون فى التجارة أعم من الاخبار الحقيقى والحكمى وادعاء أن فى ذلك الشق اخبارا حكميا عن كونه ماذونا وهو تصرفه تصرف المأذون فتمحل جدا كما لا يخفى فالاولى ههنا تحرير صاحب الكافى فانه جعل هذه المسئلة على وجهين وذكر لكل واحد منهما وجه قياس ووجه استحسان على الاستقلال حيث قال والمسئلة على وجهين أحدهما أن يخبر أن مولاه أذن له فيصدق استحسانا عدلا كان أو غير عدل والقياس أن لا يصدق لانه مجرد دعوى منه فلا يصدق الا بحجة لقوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعى ووجه الاستحسان أن الناس تعاملوا ذلك واجماع المسلمين حجة يخص بها الاثر ويترك بها القياس والنظر ولان فى ذلك ضرورة وبلوى فان الاذن لا بد منه لصحة تصرفه واقامة الحجة عند كل عقد غير ممكن والاصل أن ما ضاق على الناس أمره اتسع حكمه وما عمت بليته سقطت قضيته وثانيهما أن يبيع ويشترى ولا يخبر بشئ والقياس فيه أن لا يثبت الاذن لان السكوت محتمل وفى الاستحسان يثبت لان الظاهر أنه ماذون لان أمور المسلمين محمولة على الصلاح ما أمكن ولا يثبت الجواز الا بالاذن فوجب أن يحمل عليه والعمل بالظاهر هو الاصل فى المعاملات دفعا للضرر عن الناس والقياس أن يشترط عدالة المخبر لان الحجة خبر العدل وفى الاستحسان لا يشترط للضرورة أو البلوى الى هنا كلامه واقتفى أثره صاحب معراج الدراية فى شرح هذا الكتاب والامام الزيلعى فى شرح الكنز (قوله الا أنه لا يباع حتى

كان للغرماء أن يردوا البيع بلا خلاف كذا ذكره المحبوبى رحمه الله (قوله وان لم يخبر فتصرفه) أى فتصرفه دليل عليه (قوله لا يقبل قوله فى الرقبة) أى فى حق بيع الرقبة لان بيع الرقبة ليس من لوازم الاذن فى التجارة ألا يرى انه اذا أذن للمدبر وأم الولد ولحقهما الدين لا يباعان وهما ماذون لهما بخلاف الكسب فان قضاء الدين من كسبه من لوازم الاذن فى التجارة لانه حق العبد (قوله على ما بيناه) وهو ماذكر قبل هذا ويتعلق دينه بكسبه الى أن قال لان المولى انما يخلفه فى الملك بعد فراغه عن حاجة العبد والله أعلم بالصواب

(فصل) لما فرغ من أحكام اذن العبد فى التجارة بين أحكام اذن الصبى الا أنه قدم الاول لكثرة وقوعه ولكونه مجمعا عليه فى الجواز والصبى الذى يعقل الغبن اليسير من الفاحش اذا أذن له الولى كان كالعبد المأذون فى نفوذ تصرفه وعدم التقيد بنوع دون نوع وصيرورته مأذونا بالسكوت وصحة اقراره بما فى يده وغير ذلك مما ذكر فى العبد وقال الشافعى رحمه الله لا ينفذ تصرفه لان حجره لصيانة نفسه وهو باق بعد الاذن و بقاء العلة يستلزم المعلول لا محالة بخلاف حجر الرقيق فانه ليس للرق نفسه بل لحق المولى وهو يسقط باذنه لكونه راضيا بتصرفه حينئذ ولانه مولى عليه حتى يملك المولى التصرف والحجر عليه والمولى عليه لا يكون واليا للمنافاة لان كونه موليا عليه سمة العجز وكونه واليا سمة القدرة فصار كالطلاق والعتاق ولا يصحان منه وان أذن له الولى بخلاف الصوم النفل والصلاة النافلة لانهما لا يقامان بالولى فيصحان منه (قوله وكذا الوصية على أصله) يعنى قلت بصحتها كصحتهما اذا كانت فى أبواب الخير وأصله أن كل تصرف لا يتحقق من الولى فى حقه صح تصرفه بنفسه فيه وما يتحقق منه لا يصح مباشرة الصبى فيه بنفسه لان تصرفه بنفسه بسبب الضرورة (وقد تحققت) فيجب تنفيذها (أما بالبيع والشراء فيتولاه الولى فلا ضرورة ولنا أن التصرف المشروع صدر من أهله فى محله عن ولاية شرعية فوجب تنفيذه) أما أنه تصرف مشروع فلان الله تعالى أحل البيع من غير فصل بين البالغ والصبى وأما أنه صدر من أهله فلانه عاقل مميز يعلم أن البيع سالب والشراء جالب و يعلم الغبن اليسير من الفاحش والاهلية لهذا التصرف بكونه كذلك وأما أنه فى محله فلكون المبيع مالا متقوما وأما الولاية الشرعية فلانه صدر باذن وليه والولى له هذا التصرف فكذا من أذن له ألا ترى أن الطلاق والعتاق لما لم

(فصل) (واذا أذن ولى الصبى للصبى فى التجارة فهو فى البيع والشراء كالعبد المأذون اذا كان يعقل البيع والشراء حتى ينفذ تصرفه) وقال الشافعى لا ينفذ لان حجره لصباه فيبقى ببقائه ولانه مولى عليه حتى يملك الولى التصرف عليه ويملك حجره فلا يكون واليا للمنافاة وصار كالطلاق والعتاق بخلاف الصوم والصلاة لانه لا يقام بالولى وكذا الوصية على أصله فتحققت الضرورة الى تنفيذه منه أما بالبيع والشراء فيتولاه الولى فلا ضرورة ههنا ولنا ان التصرف المشروع صدر من أهله فى محله عن ولاية شرعية فوجب تنفيذه على ما عرف تقريره فى الخلافيات

يحضر مولاه لانه لا يقبل قوله فى الرقبة لانها خالص حق المولى بخلاف الكسب لانه حق العبد على ما بينا) أقول لقائل أن يقول ان أراد بقوله لانها خالص حق المولى أنه ليس فيها حق العبد ولا حق الغرماء فهو ممنوع اذ قد تقرر فيما مر أن حق الغرماء يتعلق برقبة العبد المأذون حتى كان لهم أن يبيعوه لاستيفاء ديونهم الا أن يفدى المولى ديونهم وان أراد بذلك أنه ليس فيها حق العبد كما هو المتبادر من قوله بخلاف الكسب لانه حق العبد فهو مسلم لكن لا يتم به التعليل حينئذ على أن لا يقبل قوله فى الرقبة أصلا لانه لا يمنع أن يقبل قوله فيها لتعلق حق الغرماء بها كما يقبل قوله فى ثبوت الاذن له ولزوم كل شئ فى التجارة لئلا يضيق الامر على الناس فليتامل والاظهر فى تعليل قوله لا يقبل قوله فى الرقبة أى فى حق بيع الرقبة أن يقال لان بيع الرقبة ليس من لوازم الاذن فى التجارة ألا ترى أنه اذا أذن المدبر وأم الولد ولحقهما الدين لا يباعان وهما مأذون لهما كما ذكر فى النهاية وغيرها اهـ

(فصل) لما فرغ من بيان أحكام اذن العبد فى التجارة شرع فى بيان أحكام اذن الصبى والمعتوه وقدم الاول لكثرة وقوعه (قوله واذا أذن ولى الصبى للصبى فى التجارة فهو فى البيع والشراء كالعبد المأذون اذا كان يعقل البيع والشراء حتى ينفذ تصرفه) أقول كان الظاهر أن يقول فى جواب المسئلة فهو فى التجارة كالعبد المأذون ليطابق ما قبله من قوله فى التجارة وليعم غير البيع والشراء من سائر أسباب التجارات لنفوذ تصرفه فى

(فصل) (قوله للمنافاة) لان كونه مولى عليه سمة العجز وكونه واليا آية القدرة وهما متضادان فلا يجتمعان بخلاف الصوم والصلاة أى الصوم النفل والصلاة النفل حيث يصحان منه وكذا الوصية على أصله أى الوصية بأعمال البر من أصله أن كل تصرف لا يتحقق من الولى فى حقه يصح تصرف الصبى فيه بنفسه وما يتحقق من الولى فلا يصح مباشرة الصبى فيه لان تصرفه بنفسه بسبب الضرورة والضرورة تندفع بما يتصرف فيه الولى (قوله صدر من أهله) الاهلية للتصرف بالتكلم عن تمييز و بيان لا عن تلقين وهذيان فان قيل الاهلية بالبلوغ عن عقل ولهذا لا تتوجه خطابات الشرع قبل البلوغ وذلك لان العقل والتمييز أمر باطن فاقام الشرع البلوغ مقامه قلنا الاهلية بالعقل والتمييز ويستدل بالبلوغ على كماله واعتداله واذن الولى دليل عليه أيضا ولا تزاحم فى الاسباب الا أن الصبى مظنة المرحمة و بالخطابات يتضرر وصحة العبارة نفع محض اذ الآدمى به يشرف و يميز من غيره فلهذا اعتبر اذن الولى فى المعاملات دون خطابات الشرع (قوله عن ولاية شرعية) وهو الولاية الثابتة بواسطة الملك المطلق الحاضر (قوله لعدم الهداية) أى فى أمور التجارة

(فصل واذا أذن ولى الصبى) (قوله والصبى الذى يعقل الغبن اليسير من الفاحش) قول الظاهر أن يقال الذى يعقل أن البيع سالب للملك والشراء جالب له و يعرف الغبن اليسير من الفاحش الا أنه اقتصر على الثانى بناء على انه يستلزم الاول (قوله يعنى قلت بصحتها) أقول الضمير فى بصحتها راجع الى الوصية (قوله صح تصرفه بنفسه فيه) أقول ان لم يكن مضرة من كل وجه فلا ينتقض بالطلاق والعتاق

علكه الولى لا علك الاذن به فصدو رهما من الصبي لا يكون عن ولاية شرعية وان أذن الولى بذلك (قوله والصبا سبب الحجر) جواب عن قوله لان حجره لصباه وتقريره أنا لا نسلم أن حجر الصبي لذاته بل بالغير وهو عدم الهداية فى أمور التجارة فصار كالعبد فى كون حجره لغيره وهو حق المولى فاذا أذن له الولى زال ذلك الغير لانه يعلم أنه لو لم يكن هاديا فى أمور التجارة لما أذن له الولى فيصح تصرفه كما لو أذن العبد المولى وقوله (و بقاء ولايته) جواب عما يقال لو ثبت له الهداية بالاذن لم يبق الولى وليا وتقريره أن بقاء ولايته بعد ذلك لامرين للنظر له فان الصبا من أسباب المرحمة بالحديث وفى اعتبار كلامه فى التصرف نفع محض لاستيفاء المصلحة بطريقين أى بمباشرة وليه و بمباشرة نفسه فكان مرحمة فى حقه فوجب اعتباره ولاحتمال تبدل الحال فان حال الصبي يحتمل أن يتبدل من الهداية الى غيرها فابقينا ولاية الولى لتدارك ذلك وقوله (بخلاف الطلاق والعتاق) جواب عن قوله وصار كالطلاق والعتاق وحاصل ذلك أن تصرفات الصبي على ثلاثة أقسام نافع محض وضار محض ومتردد بينهما فالاول كقبول الهبة والصدقة يؤهل له قبل الاذن و بعده والثانى كالطلاق والعتاق لا يؤهل له أصلا والثالث كالبيع والشراء يؤهل له بعد الاذن لان نقصان رأيه ينجبر برأى الولى لا قبله لكن قبل الاذن يكون موقوفا على اجازة الولى لاحتمال وقوعه نظرا فانه أحد المحتملين وصحة التصرف فى نفسه لصدوره من أهله فى محله فان قيل اذا باع شيأ باضعاف قيمته كان نافعا محضا كقبول الهبة فيجب نفوذه بلا توقف وأجيب بان المعتبر فى ذلك هو الوضع لا الجزئيات الواقعة اتفاقا (وذكر الولى فى الكتاب ينتظم الاب والجد عند عدمه) وليس المراد به الترتيب لان وصى الاب مقدم على الجد و ترتيبه وليه وهو الاب ثم وصى الاب ثم الجد أب الاب ثم وصيه ثم القاضى أو

والصبا سبب الحجر لعدم الهداية لا لذاته وقد ثبتت نظرا الى اذن الولى و بقاء ولايته لنظر الصبي لاستيفاء المصلحة بطريقين واحتمال تبدل الحال بخلاف الطلاق والعتاق لانه ضار محض فلم يؤهل له والنافع المحض كقبول الهبة والصدقة يؤهل له قبل الاذن والبيع والشراء دائر بين النفع والضرر فيجعل أهلا له بعد الاذن لا قبله لكن قبل الاذن يكون موقوفا منه على اجازة الولى لاحتمال وقوعه نظرا وصحة التصرف فى نفسه وذكر الولى فى الكتاب ينتظم الاب والجد عند عدمه والوصى والقاضى والوالى

سائرها أيضا عندنا وكانه قصد الاكتفاء بذكر البيع والشراء لكونهما من أصول أسباب التجارات الا أنه آثر اللفظ الكثير على اللفظ القليل مع كون الثانى أعم وأظهر فى افادة تمام المراد وهذا ما فى عبارة مختصر القدورى ثم بعد ذلك قصر المصنف من جهة أخرى حيث قصر فى البداية على قوله اذا كان يعقل البيع وكان عبارة المختصر اذا كان يعقل البيع والشراء وأصر على ذلك فى الهداية أيضا مع ظهور من يتما فى عبارة المختصر لان تعقله البيع فقط غير كاف فى كونه كالعبد المأذون نافذ التصرف فى باب التجارة مطلقا بل لابد من أن يعقل الشراء أيضا بان يعرف أن البيع سالب للملك والشراء جالب له و يعرف الغبن اليسير من الغبن الفاحش كما صرحوا به (قوله والصبا سبب الحجر لعدم الهداية لا لذاته وقد ثبتت نظرا الى اذن الولى) هذا جواب عن قول الشافعى لان حجره لصباه فيبقى ببقائه تقريره أن الصبا سبب الحجر لعدم هداية الصبي فى أمور التجارة لا لذاته فصار هو كالعبد فى كون حجره لغيره فاذا أذن له الولى زال ذلك الغير لانه يستدل به على ثبوت هدايته فى أمور التجارة اذ لو لم يكن هاديا فيها لما أذن له الولى فينفذ تصرفه كما لو أذن المولى للعبد كذا فى الشروح (أقول) يرد على ظاهر هذا الجواب أن يقال لو كان الامر كذلك لنفذ تصرف الصبي بدون اذن الولى اذا علم هدايته فى أمور التجارة بدليل من الدلائل غير اذن الولى لحصول العلم اذ ذاك أيضا بزوال ذلك الغير الذى حجر الصبي بسببه وهو عدم الهداية مع أن المفهوم من الكتب عدم نفاذ تصرفه بغير اذن الولى أصلا فيما هو دائر بين النفع والضرر كالبيع والشراء ونحوهما فتامل (قوله و بقاء ولايته لنظر الصبي لاستيفاء المصلحة بطريقين واحتمال تبدل الحال) قال صاحب العناية وقوله و بقاء ولايته جواب عما يقال لو ثبت له الهداية بالاذن لم يبق الولى وليا وتقريره أن بقاء ولايته بعد ذلك لامرين للنظر له فان الصبا من أسباب المرحمة بالحديث وفى

(قوله و بقاء ولايته) جواب عن قول الشافعى رحمه الله ولانه مولى عليه حتى يملك الولى التصرف و يملك حجره فاجاب بان بقاء ولايته لنظر الصبي ليتوسع طريق النيل والاصابة فيستوفى المصلحة بطريقين بمباشرة الولى و بمباشرة الصبي وتمكنه من حجره لاحتمال تبدل حاله من الهداية الى غيرها ومتى جعلناه مولى عليه باعتبار تصور الاهلية لم نجعله وليا فيه فالحاصل أن الصبي مستحق للنظر مصون عن الضرر والتصرفات أنواع ثلاثة ضار محض كالطلاق والعتاق والهبة والصدقة فلا يملكه الصبي وان أذن له الولى ونافع محض كقبول الهبة والصدقة فيملكه بغير اذن الولى ودائر بين النفع والضرر كالبيع والشراء والاجارة والنكاح فيملكه بالاذن ولا يملكه بدونه لان الصبي العاقل يشبه البالغ من حيث انه عاقل مميز و يشبه الطفل الذى لا عقل له من

(قوله وتقريره أن بقاء ولايته) أقول وعندى أنه جواب عن ثانى دليلى الشافعى بمنع المنافاة بين كونه وليا ومولياً عليه مستندا بان كونه موليا عليه لاستيفاء المصلحة بطريقين الخ لا للعجز فليتأمل (قوله لاستيفاء المصلحة الخ) أقول تعليل لقوله للنظر له (قوله ولاحتمال تبدل الحال) أقول معطوف على للنظر له

بخلاف صاحب الشرط لانه ليس اليه تقليد القضاة والشرط أن يعقل كون البيع سالبا للملك جالبا للربح والتشبيه بالعبد المأذون له يفيد أن ما يثبت فى العبد من الاحكام يثبت فى حقه لان الاذن فك الحجر والمأذون يتصرف بأهلية نفسه عبدا كان أو صبيا فلا يتقيد تصرفه بنوع دون نوع ويصير مأذونا بالسكوت كما فى العبد

اعتبار كلامه فى التصرف نفع محض لاستيفاء المصلحة بطريقين أى بمباشرة وليه له وبمباشرة نفسه فكان مرجحة فى حقه فوجب اعتباره ولاحتمال تبدل الحال فان حال الصبى يحتمل أن يتبدل من الهداية الى غيرها فابقينا ولاية الولى ليتدارك ذلك اهـ كلامه (أقول) فى تقريره شئ أما أولا فلان قوله وفى اعتبار كلامه فى التصرف نفع محض غير مسلم لان الكلام فى التصرف الدائر بين النفع والضر فان تصرفه الذى هو نافع محض كقبول الهبة والصدقة ينفذ بغير اذن الولى أيضا وتصرفه الذى هو ضار محض كالطلاق والعتاق لا ينفذ باذن الولى أيضا وانما الذى يتوقف نفاذه على اذن الولى عندنا تصرفه الدائر بين النفع والضر كالبيع والشراء فكيف يكون فى اعتبار كلامه فى مثل ذلك التصرف نفع محض فالوجه أن يقال بدل قوله المذكور وفى اعتبار كلامه فى التصرف نظر له وأما ثانيا فلان مقتضى تقريره المزبور أن يكون قول المصنف واحتمال تبدل الحال معطوفا على قوله لنظر الصبى كما لا يخفى على الناظر فى مقدمات تقريره وليس كذلك فانه معطوف على قوله لاستيفاء المصلحة بطريقين وداخل معه فى حيز قوله لنظر الصبى اذ لا شك أن تدارك احتمال تبدل الحال أيضا نظر للصبى فلا وجه لجعله مقابلا له ثم اعلم أن قول المصنف وبقاء ولايته الخ يحتمل الوجهين أحدهما أن يكون جوابا عن قول الشافعى ولانه مولى عليه الخ وثانيهما أن يكون جوابا عن سؤال مقدر وهو أن يقال لو صار الصبى وليا للتصرف باذن وليه لكان ينبغى أن لا يبقى وليه وليا فى التصرف فى ماله فصاحب النهاية ذكر كلا الوجهين وصاحب العناية اختار الثانى كما ترى وكثير من الشراح اختار الاول فعليك بالاختبار ثم الاختيار (قوله والتشبيه بالعبد المأذون له يفيد أن ما ثبت فى العبد من الاحكام يثبت فى حقه) أى فى حق الصبى أراد به قوله فهو فى البيع والشراء كالعبد المأذون كذا فى غاية البيان وغيرها (أقول) لقائل أن يقول تشبيه الصبى بالعبد المأذون انما يفيد ثبوت أحكام العبد عامة فى حقه ان كان التشبيه على العموم أو على الاطلاق وأما اذا عين ما فيه المشابهة كما وقع فى الكتاب حيث قال فهو فى البيع والشراء كالعبد المأذون فافادة المأذون التعميم ممنوعة جدا فليتأمل وقال صاحب النهاية فان قلت كيف يستقيم تعميم قوله ان ما ثبت فى العبد من الاحكام يثبت فى حق الصبى المأذون مع التخلف فى بعضها وهو أن المولى محجور عن التصرف فى مال العبد المأذون اذا كان عليه دين محيط بماله والولى ليس بمحجور عن التصرف فى مال الصبى المأذون وان كان عليه دين محيط بماله والرواية عن المبسوط قلت الجواب عنه من وجهين أحدهما أن ما ذكرته من الحجر وعدمه هو فى انحجار المولى وعدم انحجار الولى فى المال وما ذكره فى الكتاب من التعميم فى تصرف العبد فى ماله وتصرف الصبى فى ماله فلا يرد نقضا لاختلاف التصرفين والثانى هو ما ذكره فى المبسوط وانما يملك الاب أو الوصى التصرف فى مال الصبى سواء كان على الصبى دين أو لا لان دين الحر فى ذمته لا تعلق له بماله بخلاف دين العبد المأذون فانه يتعلق بكسبه ويصير المولى من التصرف كأجنبى آخر اذا كان الدين مستغرقا اهـ كلامه واقتفى أثره صاحب العناية فى ذكر ذلك السؤال ووجهى الجواب ولكن سلك مسلك الاجمال (أقول) الوجه

وصيهم الوالى (بخلاف صاحب الشرط) يريد به أمير البلدة كأمير بخارى فكان الوالى أكبر منه لان له ولاية تقليد القاضى دون صاحب الشرط وقوله (والشرط أن يعقل) قد تقدم ذكره وقوله (والتشبيه بالعبد المأذون له الخ) كذلك لكن يرد عليه أن التعميم ليس بمستقيم فان المولى محجور عن التصرف فى مال العبد المأذون المديون

(قوله الخ كذلك) أقول يعنى تقدم ذكره (قوله لكن يرد عليه الى قوله فى مال العبد الخ) أقول هذا ممنوع وقد مر من الشارح نقلا من شروح الجامع

حيث انه لم يتوجه عليه الخطاب وفى عقله قصور وللغير عليه ولاية فالحقناه بالبالغ فى النافع المحض وبالطفل فى الضار وفيما هو دائر بينهما بالطفل عند عدم الاذن وبالبالغ عند الاذن لرجحان جهة النفع على الضرر بدلالة الاذن ولكن قبل الاذن يكون منعقدا موقوفا على اجازة الولى لان له فيه منفعة ليصير مهتديا الى وجوه التجارات عارفا بانواع المعاملات ممتازا عن الحيوانات حتى لو بلغ فاجازه نفذ عندنا خلافا لزفر رحمه الله لانه توقف على اجازة وليه وقد صار وليا بنفسه (قوله بخلاف صاحب الشرط) وفى المغرب الشرط بالسكون والحركة خيار الجند وأول كتيبة تحضر الحرب والجمع شرط وصاحب الشرطة فى باب الجمعة يراد به أمير البلدة

مدين محيط بماله دون الولى وأجيب بان ذلك من انحجار المولى وعدم انحجار الولى ليس من التعميم فى تصرف العبد والصبى وبان دين الصبى لكونه حرا يتعلق بذمته لا بماله فجاز أن يتصرف فيه الولى ودين العبد يتعلق بكسبه والمولى أجنبى منه اذا كان

و يصح اقراره بما فى يده من كسبه وكذا بموروثه فى ظاهر الرواية كما يصح اقرار العبد

الثانى لا يصلح جوابا عن السؤال المذكور لان حاصل هذا الوجه بيان علة انحجار المولى عن التصرف فى مال العبد المأذون اذا كان عليه دين محيط بماله وعدم انحجار الولى عن التصرف فى مال الصبى المأذون وان كان عليه دين محيط بماله وذلك لا يفيد استقامة التعليل فى قول المصنف ان ما ثبت فى العبد من الاحكام يثبت فى حق الصبى المأذون بل يؤيد عدم استقامته كما لا يخفى ومدار السؤال المذكور على التعميم المستفاد من كلام المصنف لا غير وقال بعض الفضلاء لعل خلاصة الجواب الثانى منع دلالة الكلام على العموم (أقول) ليس هذا أيضا بسديد أما أولا فلان دلالة كلام المصنف وهو قوله ان ما يثبت فى العبد من الاحكام يثبت فى حقه على العموم ظاهرة لا تقبل المنع لان كلمة ما من ألفاظ العموم على ما تقرر فى علم الاصول وقد تأكد بيانها بقوله من الاحكام فان الجمع المعرف باللام أيضا من ألفاظ العموم والاستغراق اذا لم يكن هناك معهود كما تقرر هذا أيضا فى علم الاصول وأما ثانيا فلانه لا دلالة فى الجواب الثانى أصلا على منع دلالة كلام المصنف على العموم ولا تعرض له فيه بوجه من الوجوه وانما مضمونه مجرد بيان العلة فى انحجار المولى عن التصرف فى مال العبد وعدم انحجار الولى عن التصرف فى مال الصبى فحمل ذلك الجواب على منع دلالة الكلام على العموم مما لا سبيل اليه أصلا (قوله ويصح اقراره بما فى يده من كسبه) أورد عليه بان الولاية المتعدية فرع الولاية القائمة والولى لا يملك الاقرار على مال الصبى فكيف يملكه الصبى باذن الولى وأجيب عنه فى النهاية ومعراج الدراية بان الولى انما لا يملك ذلك لانه لا يتحقق منه لان الاقرار قول من المرء على نفسه وما يثبت على الغير بقوله فهو شهادة واقرار الولى على الصغير قول على الغير فيكون شهادة وشهادة الفرد لا تكون حجة وأما قول الصبى بعد الاذن فهو اقرار منه على نفسه وهو من صنيع التجار ومما لا تتم التجارة الا به لان الناس اذا علموا أن اقراره لا يصح يتحرزون عن معاملته فان من يعامله لا يتمكن من أن يشهد عليه شاهدين فلهذا اجاز اقراره اه (أقول) هذا الجواب لا يدفع السؤال المذكور لان حاصله بيان لمية عدم صحة اقرار الولى على الصبى وصحة اقرار الصبى بنفسه على مال نفسه وهذا مما لا يؤثر كما ترى فى اندفاع الايراد بان الولاية المتعدية فرع الولاية القائمة وههنا لم تتحقق الولاية القائمة فكيف تتحقق الولاية المتعدية وكأن صاحب العناية تنبه لما فى الجواب المزبور حيث لم يذكره بل قال بدله والجواب أنه أفاده من حيث كونه من توابع التجارة والولى يملك الاذن بالتجارة وتوابعها اه (أقول) هذا الجواب أيضا غير مستقيم لانه ان أراد أن الولى يملك الاذن بالتجارة وتوابعها فيملك أيضا نفس التجارة وتوابعها التى من جملتها اقراره على مال الصبى فممنوع اذ لا شك ان اقرار الولى على مال الصبى ليس من توابع التجارة بل ليس مما يصح أصلا فانى يملكه الولى وان أراد أن الولى يملك الاذن بالتجارة وتوابعها التى من جملتها اقرار الصبى

كامير بخارا وكان الوالى أكبر من صاحب الشرط لان للوالى تقليد القضاة فلذلك ثبت ولاية اذن الصبى للوالى دون صاحب الشرط وفى المبسوط ثم صحة الاذن له من وليه ووليه أبوه ثم وصى الاب ثم الجد أب الاب ثم وصيه ثم القاضى أو وصى القاضى فاما الام أو وصى الام فلا يصح منهم الاذن له فى التجارة لانه غير ولى فى التصرفات مطلقا بل هى كالاجنبى الا فيما يرجع الى حفظه ولهذا لا يملك بيع عقاره وانما جاز بيع وصى الام العروض التى ورثها الصغير من الام بطريق التحصين والحفظ على الام الميتة وعلى الصغير لا لانه تجارة حتى لو اشترى شيأ آخر لليتيم لا يجوز وليس فى الاذن تحصين وحفظ (قوله ويصح اقراره بما فى يده من كسبه وكذا بموروثه فى ظاهر الرواية) قيد بظاهر الرواية لانه روى الحسن عن أبى حنيفة رحمهما الله أنه لا يصح اقراره فيما ورثه عن أبيه لان صحة اقراره فى كسبه لحاجته الى ذلك فى التجارات حتى لا يمتنع الناس عن المبايعة معه خوفا عن توى أموالهم ولهذا ملكه وان لم يملك الولى الاقرار عليه ووجه الظاهر أنه بانضمام رأى الولى التحق

الدين مستغرقه (ويصح اقراره بعد الاذن بما هو كسبه) عينا كان أو دينا لوليه ولغيره لانه كالك الحجر عنه فكان كالبالغين وأورد بان الولاية المتعدية فرع الولاية القائمة والولى لا يملك الاقرار على مال الصبى فكيف أفاده ذلك باذنه والجواب أنه أفاده من حيث كونه من توابع التجارة والولى يملك الاذن بالتجارة وتوابعها (وكذا بموروثه فى ظاهر الرواية) احترازا عن رواية الحسن عن أبى حنيفة رضى الله عنهما أنه لا يجوز اقراره بذلك لان صحة اقراره فى كسبه لحاجته فى التجارة الى ذلك لئلا يمتنع الناس عن معاملته فى التجارة وهى معدومة فى الموروث ووجه الظاهر أن الحجر لما انفك عنه بالاذن التحق بالبالغين ولهذا نفذ أبو حنيفة بعد الاذن تصرفه بالغبن الفاحش كالبالغين فكان الموروث والمكتسب فى صحة الاقرار سواء لكونهما مالية

الصغير قبل ثلاثة أوراق ما يخالفه (قوله يتعلق بذمته) أقول يعنى فقط (قوله يتعلق بكسبه) أقول يعنى يتعلق بكسبه أيضا أى كما يتعلق بذمته لان ذمته ضعيفة بخلاف الصبى الحر ثم أقول ولعل خلاف الجواب الثانى منع دلالة الكلام على التعميم والا فلا تظهر صلاحيته للجواب (قوله والمولى أجنبى منه الخ) أقول هذا مسلم اذا كان مستغرقا لرقبته أيضا وأما اذا لم يكن كذلك ففيه كلام وفيه الكلام

ولا

ولا يملك تزويج عبده ولا كتابته كما في العبد والمعتوه الذي يعقل البيع والشراء بمنزلة الصبي يصير ماذونا باذن الاب والجد والوصي دون غيرهم على مابيناه وحكمه حكم الصبي والله أعلم

(كتاب الغصب)

الغصب في اللغة أخذ الشيء من الغير على سبيل التغلب للاستعمال فيه

على مال نفسه وان لم يملك نفس الاقرار عليه فسلم ولكن لايجدي هذا شيأ في دفع السؤال المذكور لان اللازم منه أن يملك الولي الاذن للصبي بالاقرار ولا كلام فيه وانما الكلام في أن تملك الصبي الاقرار على نفسه باذن الولي ولاية متعدية من الولي الى الصبي والولاية المتعدية فرع الولاية القائمة والولي لا يملك نفس الاقرار على الصبي بالاجماع فلم تكن له ولاية قائمة في حق نفس الاقرار على الصبي فكيف تتعدى منه الولاية الى الصبي في حق ذلك ولا يخفى أن حديث أن يملك الولي الاذن بالتجارة وتوابعها في أثناء الجواب عن هذا الاشكال يصير لغوا من الكلام * ثم أقول لعل الصواب في الجواب منع كون ولاية الصبي ولاية متعدية اذ قد تقرر فيما مر أن الصبي يتصرف باهليته والصبا ليس سبب الحجر لذاته بل لعدم هدايته واذن الولي انما يكون دليلا على زوال ذلك المانع كما كان البلوغ دليلا عليه لا أنه يكتسب الولاية من اذنه الا أن الصبا لما كان من أسباب المرحمة بالحديث لم يؤهل الصبي أصلا لما هو ضار محض وأهل لما هو نفع محض قبل الاذن وبعده وأهل لما هو دائر بين النفع والضر بعد الاذن فقط والاقرار لما كان من توابع التجارة دائرا بين النفع والضر اذ من لا يقبل اقراره يحترز الناس عن معاملته فيتضرر به فاهل الصبي له بعد الاذن وكانت ولايته عليه ذاتية لا متعدية من الولي فتبصر فان هذا توجيه حسن وجواب شاف تنحسم به مادة الاشكال بالكلية

(كتاب الغصب)

ايراد الغصب بعد الاذن في التجارة لوجهين أحدهما أن الغصب من أنواع التجارة مآلا حتى ان اقرار المأذون لما صح بديون التجارة دون غيرها صح بدين الغصب ولم يصح بدين المهر لكون الاول من التجارة دون الثاني فكان ذكر النوع بعد ذكر الجنس مناسبا والثاني أن المغصوب مادام قائما بعينه في يد الغاصب لا يكون الغاصب مالكا لرقبته فصار كالعبد المأذون فانه غير مالك لرقبة ما في يده من أموال التجارة وان كان يتصرف فيه تصرف الملاك فذكر أحد المتجانسين متصلا بالآخر من المناسبة الا أنه قدم الاذن في التجارة لانه مشروع من كل وجه والغصب ليس بمشروع كذا في النهاية والعناية (أقول) في الوجه الاول بحث من وجهين أحدهما أن كون الغصب من أنواع التجارة مآلا انما يفيد المناسبة بين الغصب وبين جنس التجارة لا بين الغصب وبين الاذن في التجارة لان الاذن نفسه ليس من جنس التجارة قط بل هو فك الحجر واسقاط الحق عندنا على ما مر في صدر كتاب المأذون والمذكور في كتاب المأذون مسائل نفس الاذن لا مسائل جنس التجارة فلا يتم التقريب والثاني أن مناسبة ذكر النوع بعد ذكر الجنس متحققة في سائر أنواع التجارة أيضا فينتقض ذلك الوجه بها طردا ويمكن أن يجاب عن كل منهما بنوع عناية أما عن الاول فبأن يقال ان

بالبالغ وكل واحد من المالين ملكه فارغ عن حاجة الغير فيصح اقراره فيهما (قوله ولا يملك تزويج عبده) فيه اجماع وفي تزويج أمته خلاف أبي يوسف رحمه الله فانه يجوز عنده (قوله ولا كتابته) وانما لم يملكها مع أن الاب والوصي يملكانها الان تصرفهما مقيد بشرط النظر فيتحقق في الكتابة النظر وأما تصرف الصبي بعد الاذن مقيد بالتجارة والكتابة ليست بتجارة (قوله دون غيرهم) أي من الاقارب كالاخ والعم وفائدة هذا التقييد أنه يصير ماذونا باذن القاضي كما مر في حق الصبي والله أعلم بالصواب

(كتاب الغصب)

(قوله في اللغة أخذ الشيء) يعني مالا أو غيره يقال غصب زوجة فلان أو ولده

وان كان الولي والوصي يملكانها الان الاذن يتناول ما كان من صنيع التجار والكتابة ليست منه (والمعتوه الذي يعقل البيع والشراء) بالمعنى المذكور (بمنزلة الصبي يصير ماذونا باذن الاب والجد والوصي دون غيرهم) من الاقارب كالابن للمعتوه والاخ والعم دون القاضي فان له ولاية على المعتوه) على مابيناه) يعني قوله وذكر الولي في الكتاب ينتظم الاب والجد الخ (وحكمه حكم الصبي) اذا بلغ معتوها فاما اذا بلغ عاقلا ثم عته فاذن له الاب في التجارة قال أبو بكر البلخي رحمه الله لا يصح قياسا وهو قول أبي يوسف ويصح استحسانا وهو قول محمد رحمهما الله والله أعلم

(كتاب الغصب)

ايراد الغصب بعد الاذن في التجارة لوجهين أحدهما أن الغصب من أنواع التجارة مآلا حتى ان اقرار المأذون لما صح بديون التجارة دون غيرها صح بدين الغصب ولم يصح بدين المهر لكون الاول من التجارة دون الثاني

(كتاب الغصب)

(قوله ايراد الغصب الى قوله مآلا الخ) أقول ويجوز أن يقال نفاذ تصرف الغاصب يكون بالاذن كنفاذ تصرف المأذون الا أن في الغصب بالاذن اللاحق وفي المأذون بالاذن السابق فيكون بينهما مناسبة أو يقال ذكره بعد لما بينهما من المقابلة فان العبد المأذون يتصرف في مال الغير باذنه والغاصب يتصرف فيه لا باذنه

فكان ذكر النوع بعد ذكر الجنس مناسبا والثانى أن المغصوب مادام قائما بعينه فى يد الغاصب لا يكون الغاصب مالكا لرقبته فصار كالعبد المأذون فانه غير مالك لرقبة ما فى يده من أموال التجارة وان كان يتصرف فيه تصرف الملاك فذكر أحد المتجانسين متصلا بالآخر من المناسبة الا أنه قدم الاذن فى التجارة لانه مشروع من كل وجه والغصب ليس بمشروع والغصب فى اللغة أخذ الشئ من الغير على سبيل التغلب للاستعمال فيه بين أهل اللغة سواء كان متقوما أو غيره يقال غصب زوجة فلان وخمر فلان وفى الشريعة أخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل يده فقوله أخذ مال يشمل المحدود وغيره وقوله متقوم احتراز عن الخمر وقوله محترم احتراز عن مال الحربى فانه غير محترم وقوله على وجه يزيل يده أى يد المالك لبيان أن ازالة يد المالك لابد منها فى الغصب عندنا وعند الشافعى رحمه الله هو اثبات يد العدوان عليه وثمرة الخلاف تظهر فى زوائد المغصوب كولد المغصوبة وثمرة البستان فانها ليست بمضمونة عندنا لعدم ازالة اليد وعنده مضمونة لاثبات اليد

(قوله فكان ذكر النوع الخ) أقول فيه بحث (قوله الا أنه قدم الاذن الخ) أقول هذا الاحتياج اليه بعد ما بين وجه تأخر المأذون من الحجر (قوله وفى الشريعة أخذ مال الى قوله فى زوائد المغصوب الخ) أقول قال الامام الزيلعى حتى لا يضمن الغاصب زوائد المغصوب اذا هلكت بغير تعد لعدم ازالة يد المالك ولا ما صار مع المغصوب بغير صنعه كما اذا غصب دابة فتبعها أخرى أو ولدها لا يضمن التابع لعدم الصنع فيه وكذا لو حبس المالك عن مواشيه حتى ضاعت لا يضمن لما ذكرنا ولعدم اليد المبطلة اه لكن ذكر فى فتاوى قاضيخان مسئلة تخالف هذا الاصل فانه قال لو غصب عجولا فاستهلكه حتى يبس لبن أمه قال أبو بكر البلخى يضمن قيمة العجول ونقصان الام ولم يجعل فى الام شئ

وفى الشريعة أخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل يده

الاذن نفسه وان لم يكن من جنس التجارة الا أنه متعلق بجنس التجارة ومخصوص به فكان للغصب مناسبة للاذن نفسه أيضا بواسطة تعلقه بجنس التجارة وأما عن الثانى فبأن يدعى عدم لزوم الاطراد فى وجه المناسبات بين كتب هذا الفن و يقال ان هاتيك الوجوه مصححات لا مرجحات البتة فلا ضير فى تحققها فى غير ما سبقت له أيضا ثم ان الاظهر فى وجه المناسبة ههنا ما ذكره صاحب غاية البيان حيث قال وجه المناسبة بين الكتابين عندى أن المأذون يتصرف فى الشئ بالاذن الشرعى والغاصب يتصرف لا باذن شرعى فكان بينهما مناسبة المقابلة الا أنه قدم كتاب المأذون لانه مشروع والغصب ليس بمشروع اه واعلم أن محاسن الغصب من حيث الاحكام لا من حيث الاقدام كما فى الجنايات والديات فان المقصود من بيان كتاب الغصب هو بيان حكمه المترتب عليه لانه ليس فى الغصب شئ من الاباحة فضلا عن الحسن والطاعة بل هو عدوان محض وظلم صرف كذا فى النهاية وغيرها (قوله وفى الشريعة أخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل يده) أقول لابد من أن يزاد على هذا التعريف قيدان أحدهما قيد أو يقصر يده بان يقال على وجه يزيل يده أو يقصر يده لئلا يخرج على تعريف الغصب فى الشرع ما أخذه الغاصب من يد غير المالك كما اذا أخذه من يد المستأجر أو من يد المرتهن أو من يد المودع فان الغاصب فى هذه الصور وان لم يزل يد المالك عن ماله بناء على عدم كونه فى يده وقت الغصب وازالة اليد فرع تحققها الا انه قصر يده عن ماله فى هاتيك الصور أيضا وعن هذا قال فى المحيط البرهانى الغصب شرعا أخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل يد المالك ان كان فى يده أو يقصر يده ان لم يكن فى يده اه وهكذا قال فى الكافى أيضا وثانيهما قيد على سبيل المجاهرة كما وقع فى البدائع لئلا يدخل فى تعريف الغصب شريعة السرقة فان الامتياز بين السرقة والغصب فى الشرع انما يكون بان كان الغصب على سبيل الجهار والسرقة على سبيل الخفية والاستسرار مع الاشتراك بينهما فى جميع ما ذكر لتعريف الغصب شريعة فى الكتاب ثم اعلم أن صدر الشريعة قد تنبه للزوم زيادة القيد الثانى على هذا التعريف حيث قال فى شرح الوقاية ثم لابد أن يزاد على هذا التعريف لا على سبيل الخفية لتخرج السرقة اه ورد عليه صاحب الاصلاح والايضاح حيث قال فان قلت أليس يصدق الحد المذكور على السرقة قلت نعم الا أن فى السرقة خصوصية بها كانت من جملة أسباب الحد ندخل مدخلها باعتبار تلك الخصوصية فى الحدود وذلك لا ينافى دخولها باعتبار أصلها فى الغصب كالشراء من الفضولى فانه غصب مع أنه مذكور فى باب الفضولى من كتاب البيوع باعتبار ما فيه من خصوصية بها صارت من مسائلها ومن ذهب عليه هذه الدقيقة تصدى لاخراجها عن الحد المذكور بزيادة قوله لا على سبيل الخفية ولم يدر أنه حينئذ يخرج عنه بعض أفراد الغصب كأخذ مال غير محرز على سبيل الخفية الى هنا كلامه (أقول) فيه خلل من وجوه الاول أن السرقة بخصوصيتها التى كانت من جملة أسباب الحد داخلة فى التعريف المذكور اذ لا منع لشئ من خصوصيتها عن صدق التعريف المذكور عليها كما لا يخفى على ذى فطنة وانما تكون خصوصيتها مانعة عن صدق تعريف الغصب عليها لو زيد على التعريف المذكور قيد على سبيل المجاهرة أو لا على سبيل الخفية فان من خصوصيتها أن تكون على سبيل الخفية كما تقرر فى كتابها ولا شك أن قيد على سبيل المجاهرة أو لا على سبيل الخفية ينافى الصدق على ما كان على سبيل الخفية فاذا كانت السرقة بخصوصيتها التى كانت من جملة أسباب الحد داخلة فى

(قوله محترم) احتراز عن غصب مال الحربى فى دار الحرب

واستخدام العبد وحمل الدابة غصب بالاتفاق والجلوس على البساط ليس بغصب عندنا لان البسط فعل المالك فلا يكون الغاصب مزيلا ليده مع بقاء أثر فعله

التعريف المذكور لم يكن ذلك التعريف صالحا لان يكون حد الغصب في الشرع والازم أن تكون السرقة بخصوصيتها غصبا شرعيا وليس كذلك لاستحالة القطع يخالف حكمي السرقة والغصب في الشرع فلغا قوله وذلك لا ينافي دخولهما باعتبار أصلها بالغصب كما لا يخفى والثاني أن قوله كالشراء من الفضولي فانه غصب مع أنه مذكور في باب الفضولي من كتاب البيوع ليس بسديد لان مجرد الشراء من الفضولي ليس بغصب قطعا وانما الذي يصير غصبا أخذ المشتري من يد الفضولي بغير اذن المالك وهو ليس بمبيع جزما وليس بمذكور في كتاب البيوع أصلا وانما المذكور فيه نفس الشراء من الفضولي فلا صحة في التمثيل ولا في التعليل والثالث أن قوله كأخذ مال غير محرز على سبيل الخفية في قوله ولم يدر أنه حينئذ يخرج عنه بعض أفراد الغصب كأخذ مال غير محرز على سبيل الخفية ليس بصحيح لان ما كان غير محرز كيف يتصور أخذه على سبيل الخفية فان عدم الاحراز ينافي الاختفاء وعن هذا قال صاحب الهداية في فصل الحرز والاخذ منه من كتاب السرقة الحرز لا بد منه لان الاستسرار لا يتحقق بدونه اهـ ثم ان صاحب الاصلاح والايضاح غير التعريف المذكور بوجه آخر حيث قال بدل قولهم بغير اذن المالك بلا اذن من له الاذن وقال في شرحه وانما لم نقل بلا اذن مالكه لان كون المأخوذ مملوكا ليس بشرط لوجوب الضمان فان الموقوف مضمون بالاتلاف وليس بمملوك أصلا صرح به في البدائع اهـ (أقول) وفيه أيضا خلل لان الوقف في الشرع عند أبي حنيفة حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة بمنزلة العارية وعندهما حبس العين على حكم ملك الله تعالى فيزول ملك الواقف الى الله تعالى على وجه تعود منفعته الى العباد وهذا كله مما تقرر في أول كتاب الوقف فعلى كلا القولين يكون الموقوف مملوكا فكيف يتم قوله ان الموقوف ليس بمملوك أصلا وان سلم تمام ذلك فكون الموقوف مضمونا لا يقتضي كونه مغصوبا غصبا شرعيا فان وجوب الضمان ليس بحكم مخصوص بالغصب الشرعي بل يتحقق ذلك في غيره أيضا بنوع من التعدي والجناية ألا يرى أن زوائد المغصوب كولد المغصوبة وثمرة البستان المغصوب ليست بمغصوبة عندنا شرعا لعدم تحقق ازالة يد المالك عنها بناء على أن يد المالك كانت ثابتة عليها حتى يزيلها الغاصب بل هي أمانة في يد الغاصب ان هلكت لا يضمنها عندنا كما صرحوا به قاطبة وسيجيء في الكتاب مع أنه اذا تعدى فيها يجب عليه الضمان بالاتفاق على ما صرحوا به قاطبة أيضا وسيجيء في الكتاب وكذا اذا قتل رجل عبد رجل خطأ في يد مالكه يجب عليه ضمان قيمة العبد بلا خلاف مع أن ذلك ليس بغصب في الشرع عند أحد وبالجملة فرق بين ضمان الغصب وضمان الاتلاف كما نصوا عليه فمن أين ثبت تحقق حقيقة الغصب الشرعي في اتلاف الموقوف حتى يرد به النقض على ما ذكره ثقات المشايخ في تعريف الغصب فيحتاج الى تغييره (قوله حتى كان استخدام العبد وحمل الدابة غصبا دون الجلوس على البساط) لانه بالاستخدام والحمل أثبت يد التصرف عليه ومن ضرورته ازالة يد المالك عنه فتحقق الغصب بخلاف الجلوس على البساط لان البسط فعل المالك وقد بقي أثر فعله في الاستعمال وما بقي أثر فعله تبقى يده فلم يوجد ازالة يد المالك فلم يتحقق الغصب كذا قالوا قال ابن العز وفي كلام المصنف ههنا مؤاخذة لفظية وهي في قوله وحمل الدابة يعني والحمل عليها وحقه أن يقول وتحميل الدابة لان حمل لا يتعدى بنفسه الى اثنين وانما يتعدى بنفسه الى واحد والى آخر بحرف الجر تقول حملت المتاع على الدابة فيصح اضافة المصدر منه الى المتاع لا الى الدابة فتقول حمل المتاع ولا تقول حمل الدابة الا أن يضعف

(قوله حتى كان استخدام العبد وحمل الدابة غصبا) ايضاح لقوله على وجه يزيل يده لانه بالاستخدام والحمل أثبت يد التصرف عليه وذلك يوجب زوال يد المالك عنه دون الجلوس على البساط لانه لم يوجد فيه النقل والتحويل والبساط فعل المالك وقد بقي أثر فعله في الاستعمال فلم يكن الغاصب مزيلا ليده وعلى قول الشافعي ازالة يد المالك عن المغصوب ليس بشرط بل اثبات يد العدوان عليه كاف لتحقق الغصب وثمرة الاختلاف تظهر في زوائد المغصوب مثل ولد المغصوبة وثمرة البستان فانها ليست بمضمونة

ثم ان كان الغصب مع العلم بانه ملك المغصوب منه فحكمه المأثم والمغرم وان كان بدونه فالضمان لانه حق العبد فلا يتوقف على قصده ولا اثم لان الخطأ موضوع قال (ومن غصب (٢٤٦) شيأله مثل الخ) المغصوب اما أن يكون قائما في يد الغاصب أولا والاول سيجيء والثاني اما أن يكون له مثل أي يكون مما يضمن بمثله من جنسه أولا فان كان الاول فعليه مثله وفي بعض نسخ القدوري فعليه ضمان مثله ولا تفاوت بينهما لان الواجب هو المثل لقوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم والمثل اذا أطلق ينصرف الى ماهو مثل صورة ومعنى ولان المثل صورة ومعنى أعدل لما فيه من مراعاة الجنسية والمالية لان الحنطة مثلا مثل الحنطة جنسا ومالية الحنطة المؤداة مثل مالية الحنطة المغصوبة لان الجودة ساقطة العبرة في الربويات فكان أدفع للضرر فان الغاصب فوت على المغصوب منه الصورة والمعنى فالجبر التام أن يتداركه بما هو مثل له صورة ومعنى فان انقطع عن أيدي الناس فلم يقدر على مثله الكامل فعليه قيمته يوم الخصومة عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف رحمه الله يوم الغصب وقال محمد رحمه الله يوم الانقطاع لابي يوسف أنه لما انقطع التحق بما لا مثل له فتعتبر قيمته يوم انعقاد السبب اذ هو الموجب

(قوله والثاني اما أن يكون له مثل أي يكون مما يضمن بمثله) أقول فيه بحث لافضائه الى الدور (قوله لان الجودة ساقطة العبرة في الربويات) أقول وفي لطائف الاشارات ضمن الجيد بمثله لا بردىء رعاية للمماثلة والمحمد

قال المصنف (وقال أبو يوسف يوم الغصب) أقول وفي شرح الوقاية لصدر الشريعة مذهب أبي يوسف أعدل لانه لم يبق شيء من نوعه في يوم الخصومة والقيمة تعتبر بكثرة الرغبات وقلتها وفي المعدوم هذا متعذر أو متعسر ويوم الانقطاع لا ضبط له وأيضا لم ينتقل الى القيمة في هذا

ثم ان كان مع العلم فحكمه المأثم والمغرم وان كان بدونه فالضمان لانه حق العبد فلا يتوقف على قصده ولا اثم لان الخطأ موضوع قال (ومن غصب شيأ له مثل كالمكيل والموزون فهلك في يده فعليه مثله) وفي بعض النسخ فعليه ضمان مثله ولا تفاوت بينهما وهذا لان الواجب هو المثل لقوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ولان المثل أعدل لما فيه من مراعاة الجنس والمالية فكان أدفع للضرر قال (فان لم يقدر على مثله فعليه قيمته يوم يختصمون) وهذا (عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف يوم الغصب وقال محمد يوم الانقطاع) لابي يوسف أنه لما انقطع التحق بما لا مثل له فتعتبر قيمته يوم انعقاد السبب اذ هو الموجب

الفعل فيتعدى الى اثنين بنفسه فتقول حملت الدابة المتاع فحينئذ تصح اضافة مصدره الى الدابة فتقول تحميل الدابة لان التحميل مصدر حمل المضعف للتعدية اه كلامه (أقول) هذا الذي ذكره ظاهر وكأن صاحب الكافي عن هذا غير عبارة المصنف ههنا فقال حتى كان استخدام عبد الغير والحمل على دابة الغير غصبا ولكن يمكن توجيه كلام المصنف ههنا بما وجه به الفاضل الشريف في شرح المفتاح قول العلامة السكاكي افتخارا بمواظبتها حيث قال والاصل أن يقال بالمواظبة عليها أي على العبادة الا أنه نزع الخافض وعدى المصدر بالايصال اه وقصد به الجواب عن قول المحقق التفتازاني هناك وفي تعدية المواظبة بنفسها نظر والصواب بالمواظبة عليها اه تأمل (قوله ثم ان كان مع العلم فحكمه المأثم والمغرم وان كان بدونه فالضمان) أقول هذا انما يتم فيما اذا هلك المغصوب في يد الغاصب وأما اذا كان قائما في يده فحكمه رد العين كما سيأتي في الكتاب وكان المناسب بهذا المقام بيان حكمه الكلي دون حكمه الخاص بصورة الهلاك اللهم الا أن يبنى كلامه هنا على ما قيل ان الموجب الاصلي للغصب مطلقا هو القيمة ورد العين مخلص كما سيجيء ذكره ولكنه قول ضعيف جدا على ما يدل عليه تقرير المصنف فيما بعد وصرحوا به في الشروح ثم فكيف يليق بمثل المصنف بناء كلامه على ذلك (قوله ولان المثل أعدل لما فيه من مراعاة الجنس والمالية) قال في النهاية والعناية لان الحنطة مثلا مثل الحنطة جنسا ومالية الحنطة المؤداة مثل مالية الحنطة المغصوبة لان الجودة ساقطة العبرة في الاموال الربوية اه (أقول) الظاهر أن المقصود من التعرض ههنا لبيان كون الجودة ساقطة العبرة في الاموال الربوية دفع ورود سؤال على أن يكون في ايجاب المثل مراعاة المالية بظهور تحقق الاختلاف بين ذوات الامثال بالجودة والرداءة ولكن اندفاعه بذلك غير واضح عندي لانه ان أريد بكون الجودة ساقطة العبرة في الاموال الربوية أنه لا تفاوت بين جيدها ورديئها في المالية فهو ممنوع اذ التفاضل في القيمة بينهما في المتعارف ظاهر جدا وان أريد بذلك أنه لا عبرة بالتفاوت بين الاموال الربوية في وصف الجودة والرداءة عند أهل الشرع لقول النبي صلى الله عليه وسلم جيدها ورديئها سواء فهو مسلم لا كلام فيه لكن لا يندفع به السؤال المتجه على قول المصنف ههنا لما فيه من مراعاة الجنس والمالية بان مراعاة المالية في ايجاب المثل غير مسلم لتحقق الاختلاف بين ذوات الامثال بالجودة والرداءة وذلك يقتضي التفاوت بينهما في المالية بل لا يخفى على ذي فطرة سليمة ان عدم الاعتبار لتفاوت الاموال الربوية في وصف الجودة والرداءة عند أهل الشرع يؤيد ورود ذلك السؤال ههنا اذ لو كان عندهم اعتبار لتفاوتها في ذلك لما تصور التفاوت في المالية عند مراعاة التساوي في الوصف أيضا تأمل تقف (قوله لابي يوسف انه لما انقطع التحق بما لا مثل له فتعتبر قيمته يوم انعقاد السبب اذ هو الموجب) قال صاحب النهاية فان قلت لم قدم

عندنا لانعدام حد الغصب الذي ذكر (قوله وان كان بدون العلم) بان ظن أن المأخوذ ماله أو اشترى عينا ثم ظهر استحقاقه لان الضمان انما يجب جبرا لحقه بتفويته وحقه مرعي وان كان الآخذ معذورا بالجهالة وعدم قصده (قوله ولا اثم) لان الخطأ موضوع لقوله عليه السلام رفع عن أمتي الخطأ

ولمحمد أن الواجب المثل في الذمة وانما ينتقل الى القيمة بالانقطاع فتعتبر قيمته يوم الانقطاع ولابي حنيفة أن النقل لا يثبت بمجرد الانقطاع ولهذا لو صبر الى أن يوجد جنسه له ذلك وانما ينتقل بقضاء القاضي فتعتبر قيمته يوم الخصومة والقضاء بخلاف ما لا مثل له لانه مطالب بالقيمة باصل السبب كما وجد فتعتبر قيمته عند ذلك

قول أبي يوسف في التعليل ولم يوسطه كما هو حقه قلت يحتمل أن يكون ذلك لوجهين أحدهما أن يكون المختار قوله لقوة دليله اذ فيه اثبات الحكم بحسب ثبوت الموجب لان المغصوب يدخل في ضمان الغاصب من وقت الغصب فيجب أن يكون اعتبار القيمة من وقت الغصب والثاني لاثبات الاقوال الثلاثة بحسب ترتيب الزمان على تلك الاقوال فان أول الاوقات من هذه الاقوال الثلاثة يوم الغصب ثم يوم الانقطاع ثم يوم الخصومة فايراد الاقوال على ترتيب هذه الازمنة لم يتأت الا بتقديم قول أبي يوسف ثم بقول محمد ثم بقول أبي حنيفة رحمهم الله اهـ كلامه وقد ذكر الوجه الثاني فقط بطريق الاجمال في معراج الدراية أيضا وكذا ذكر ذلك الوجه فقط في العناية أيضا ولكن بطريق النقل بقيل (أقول) كل واحد من ذينك الوجهين منظور فيه أما الوجه الاول فلان ما ذكر فيه لا يدل على قوة دليل أبي يوسف لان المغصوب المثلي انما دخل في ضمان الغاصب وقت الغصب بضمان المثل ثم انتقل الى ضمان القيمة بالانقطاع كما أفصح عنه المصنف في ذكر دليل محمد فمن أين يجب أن يكون اعتبار القيمة من وقت الغصب دون وقت الانقطاع حتى يلزم قوة دليله ولو سلم قوة دليله فهي تقتضي تاخير دليله اذ من عادة المصنف المستمرة أن يؤخر القوي عند ذكر الادلة على الاقوال المختلفة ليقع المؤخر بمنزلة الجواب عن المقدم وان كان يقدم القوي في الاكثر عند نقل أصل الاقوال وهذا مما لا سترة به عند من له قدم راسخ في معرفة أساليب كلام المصنف وأما الوجه الثاني فلان اثبات تلك الاقوال بحسب الترتيب الزماني مما لا يتعلق به نظر الفقهاء أصلا فتغيير المصنف أسلوبه المقرر بمجرد ذلك الامر الوهمي مما لا يناسب بشأنه الرفيع فالوجه عندي أن المصنف جرى ههنا أيضا على عادته المقررة من تاخير الاقوى فالاقوى عند ذكر الادلة على الاقوال المختلفة ليحصل الجواب من المتأخر للمتقدم كما حصل ههنا أيضا ذلك على ما يشهد به التامل الصادق قال صدر الشريعة في شرح الوقاية أقول قول أبي يوسف أعدل لانه لم يبق شئ من نوعه في يوم الخصومة والقيمة تعتبر بكثرة الرغبات وقلتها وفي المعدوم هذا متعذر أو متعسر ويوم الانقطاع لا ضبط له وأيضا لم ينتقل الى القيمة في هذا اليوم اذا لم يوجد من المالك طلب وأيضا عند وجود المثل لم ينتقل وعند عدمه لا قيمة له الى هنا كلامه وقال بعض الفضلاء بعد نقل كلام صدر الشريعة ويمكن أن يجاب عنه بما ذكر في النهاية حيث قال وحد الانقطاع ما ذكره أبو بكر الثلجي وهو أن لا يوجد في السوق الذي يباع فيه وان كان يوجد في البيوت وعلى هذا انقطاع الدراهم اهـ وقد سبقه الى هذا الجواب صاحب الاصلاح والايضاح (أقول) ويمكن رد هذا الجواب بان يجوز أن يكون مراد صدر الشريعة بالمعدوم ما هو معدوم في السوق الذي يباع فيه لا المعدوم في الخارج مطلقا وكأنه لهذا قال وفي المعدوم هذا متعذر أو متعسر يعني أنه بعد ما عدم في السوق الذي يباع فيه ان لم يوجد في البيوت أيضا يتعذر التقويم وان وجد فيها يتعسر التقويم لان معيار تقويم المقومين هو السوق الذي يباع فيه الاشياء وفي غير ذلك لا يتيسر التقويم العادل وكذا مراده بعدم بقاء شئ في قوله لم يبق شئ من نوعه في يوم الخصومة عدم بقائه في السوق الذي يباع فيه فعلى هذا لا يمكن الجواب عنه بما ذكره أبو بكر الثلجي في حد الانقطاع كما لا يخفى (قوله بخلاف ما لا مثل له لانه مطالب بالقيمة باصل السبب كما وجد فتعتبر قيمته عند ذلك) أقول فيه أشكال لان هذا لا يتم على ما سيجئ عن قريب من أن الموجب الاصلي في الغصب على ما قالوا هو رد العين وانما رد القيمة

والنسيان والمراد المأثم وقد قال الله تعالى ليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم (قوله ولهذا لو صبر الى أن يوجد جنسه له ذلك) أي لو كانت ثابتة بمجرد الانقطاع لكان يجبر على قبول القيمة لو أتى بها الغاصب ولا يمكن له من الصبر الى مجئ أوان المثل وحيث لم يجبر دل ذلك على أن ايجاب المثل انما يثبت

(ولمحمد الخ) كلامه فيه واضح قيل انما قدم قول أبي يوسف لتثبت الاقوال بحسب ترتيب الزمان على تلك الاقوال فان أول الاوقات يوم الغصب ثم يوم الانقطاع ثم يوم الخصومة وايراد الاقوال على هذه الازمنة لم يتأت الا بتقديم قول أبي يوسف وان كان الثاني فعليه

اليوم اذا لم يوجد من المالك طلب وأيضا عند وجود المثل لم ينتقل وعند عدمه لا قيمة له انتهى ويمكن أن يجاب عنه بما ذكر في النهاية حيث قال وحد الانقطاع ما ذكره أبو بكر الثلجي هو أن لا يوجد في السوق الذي يباع فيه وان كان يوجد في البيوت وعلى هذا انقطاع الدراهم انتهى قال المصنف (لانه مطالب بالقيمة باصل السبب كما وجد فتعتبر قيمته عند ذلك) أقول فيه بحث فانه مطالب بالعين اذا كانت قائمة على

قال: (ومالا مثل له فعليه قيمته يوم غصبه) معنا العدديات المتفاوتة لانه لما تعذر مراعاة الحق في الجنس فيراعى في المالية وحدها دفعا للضرر بقدر الامكان

مخلص خلفا اذ المطالب باصل السبب حينئذ فيما لا مثل له أيضا انما هو رد العين لانه الواجب الاصلي مطلقا وانما ينتقل الى القيمة بهلاك العين فينبغي أن تعتبر قيمته وقت هلاك عينه لا وقت وجود أصل السبب وهو الغصب ألا يرى أن الواجب بعد هلاك العين فيما له مثل هو المثل في الذمة وانما ينتقل الى القيمة بالانقطاع عند محمد فتعتبر قيمته وقت الانقطاع عنده وبقضاء القاضي عند أبي حنيفة فتعتبر قيمته وقت الخصومة والقضاء عنده ولا تعتبر قيمته وقت وجود أصل السبب عند أحد منهما وبالجملة الفرق بين مالا مثل له وبين ماله مثل على قول أبي حنيفة ومحمد بان القيمة تعتبر في الاول عند وجود أصل السبب وفي الثاني عند الانتقال الى القيمة غير واضح على ما قالوا ان الموجب الاصلي في الغصب مطلقا هو رد العين وانما رد القيمة مخلص خلفا كما سيجيء وأما على ما قيل ان الموجب الاصلي هو القيمة ورد العين مخلص كما سيجيء أيضا فلا يتم دليل أبي حنيفة ولا دليل محمد رأسا اذ في كل منهما تصريح بان الموجب الاصلي في الغصب غير القيمة وانما ينتقل اليها بامر عارض فالمقام لا يخلو عن الاشكال على كل حال (قوله ومالا مثل له فعليه قيمته يوم غصبه معناه العدديات المتفاوتة) يعني معنى قول القدوري في مختصره مالا مثل له العدديات المتفاوتة قال صاحب العناية أخذا من النهاية وتحقيقه أن معناه الشيء الذي لا يضمن بمثله من جنسه لان الذي لا مثل له على الحقيقة هو الله تعالى وذلك كالعدديات المتفاوتة مثل الدواب والثياب اهـ (أقول) هذا الذي عده تحقيقا مما لا طائل تحته بل لا حاصل له لانه ان أراد بالشيء الذي لا يضمن بمثله من جنسه مالا يكون له مثل من جنسه ولا يضمن بمثله من جنسه فينافيه تعليله بقوله لان الذي لا مثل له على الحقيقة هو الله تعالى لان مالا يكون له مثل من جنسه لا يكون له مثل من غير جنسه أيضا بالاولوية فلا يكون له مثل أصلا وقد قال في التعليل ان الذي لا مثل له على الحقيقة هو الله تعالى فكيف يتصور أن يكون ذلك معنى قوله مالا مثل له في قوله ومالا مثل له فعليه قيمته يوم غصبه وان أراد بذلك ماله مثل من جنسه ولكن لا يضمن بمثله من جنسه بل يضمن بقيمته كما هو الظاهر من تعليله فعلى تقدير أن يكون هذا معنى قول القدوري مالا مثل له في قوله ومالا مثل له فعليه قيمته يلزم الاختلال في وضع المسئلة اذ يصير حينئذ معنى المسئلة ومالا يضمن بمثله من جنسه بل يضمن بقيمته فعليه قيمته أي يضمن بقيمته فيشبه جواب المسئلة بلغو من الكلام لكونه معلوما بصدر المسئلة وبالجملة تفسير مالا مثل له في هذه المسئلة بما لا يضمن بمثله كما فعله صاحب العناية والنهاية وكذا تفسير ماله مثل في المسئلة الاولى بما يضمن بمثله كما فعله صاحب العناية مما لا تقبله فطرة سليمة لاستلزامه اعتبار جواب المسئلة في صدر المسئلة فيكون معنى قولهم في المسئلة الاولى أيضا ومن غصب شيأ له مثل فهلك في يده فعليه ضمان مثله ولا يخفى ما فيه من الاستدراك واللاغية فالحق عندي أن المراد بماله مثل في المسئلة الاولى ماله مثل صورة ومعنى وهو المثل الكامل الذي ينصرف اليه المثل عند الاطلاق وبما لا مثل له في هذه المسئلة مالا مثل له صورة ومعنى وان كان له مثل معنى فقط وهو القيمة التي هي المثل القاصر وقد أفصح عن نوعي المثل في الكافي حيث قال من قبل أن المثل نوعان كامل وهو المثل صورة ومعنى وهو الاصل في ضمان العدوان حتى صار بمنزلة الاصل وقاصر وهو المثل معنى وهو القيمة والقاصر لا يكون مشروعا مع احتمال الاصل لانه خلف عن المثل الكامل اهـ فيصير معنى هذه المسئلة ومالا يكون له مثل كامل فعليه مثله القاصر وهو القيمة فينتظم المقام بلا كلفة قال في الكافي بعد ذكر مسئلتنا هذه وقال مالك يضمن مثله صورة من جنس ذلك لما تلونا ولنا ما روى عن شريح من كسر عصا فهي له وعليه قيمتها وهو المراد بالمثل المذكور في النص اهـ (أقول) يرد عليه أنه لو كانت القيمة هي المراد بالمثل المذكور في النص وهو قوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم لما تم الاستدلال بذلك النص الشريف على وجوب ضمان

قيمته يوم غصبه قال المصنف رحمه الله (معناه) أي معنى قوله لا مثل له (العدديات المتفاوتة) وتحقيقه أن معناه الشيء الذي لا يضمن بمثله من جنسه لان الذي لا مثل له على الحقيقة هو الله تعالى وذلك كالعدديات المتفاوتة مثل الدواب والثياب وانما وجب قيمته (لتعذر مراعاة الحق في الجنس فيراعى في المالية وحدها دفعا للضرر بقدر الامكان

القول الاقوى (قوله لان الذي لا مثل له على الحقيقة هو الله تعالى) أقول اذ الاجسام متماثلة لتجانس الجواهر الفردة والمجردات غير ثابتة (قوله وذلك كالعدديات الخ) أقول أشار بقوله ذلك الى الشيء في قوله أن معناه الشيء الذي الخ

بالقضاء (قوله معناه العدديات المتفاوتة) كالرمان والسفرجل والبطيخ وكالثياب والدواب والمتقاربة

أما العددي المتقارب) كالجوز والبيض (فهو كالمكيل حتى يجب مثله لقلة التفاوت) قيل وإنما اقتصر على المكيل ولم يقل والموزون لأن من الموزونات ما ليس بمثلي وهو الذي في تبعيضه ضرر كالمصوغ من القمقم والطشت وليس بواضح لأن من المكيل ما ليس كذلك كالبر المخلوط بالشعير فإنه لا مثل له ففيه القيمة وإن كان الأول فعلى الغاصب رد العين ولعمري أن تقديم هذا القسم كان أنسب فتأمل (لقوله صلى الله عليه وسلم على اليد ما أخذت حتى ترد) أي على صاحب اليد عين ما أخذت اليد حتى ترد (وقال صلى الله عليه وسلم لا يحل لأحد أن يأخذ متاع أخيه لاعبا ولا جادا فإن أخذه فليرده عليه) وهو واضح ورواية الفائق والمصابيح بدون حرف العطف وحرف النفي ومعناه أن لا يريد بأخذه سرقته ولكن إدخال الغيظ على أخيه فهو لاعب في مذهب السرقة جاد في إدخال الأذى عليه أو قاصد للعب وهو يريد أنه يجد في ذلك ليغيظه (ولأن اليد حق مقصود) بدليل جواز إذن العبد في التجارة فإنه لا حكم لشرائه في حقه سوى التصرف باليد لاسيما إذا كان مديونا فإنه ليس هناك شائبة النيابة عن المولى في التصرف فعلم أن اليد حق مقصود (وقد فوتها عليه فيجب) عليه إعادتها (٢٤٩) بالرد إليه وهو الموجب) أي رد العين هو الموجب (الأصلي على ما قالوا ورد القيمة مخلص خلفا لأنه قاصر إذ الكمال في رد العين والمالية وقيل الموجب الأصلي القيمة ورد العين مخلص ويظهر ذلك في بعض الأحكام) فمنها ما إذا أبرأ الغاصب عن الضمان حال قيام العين فإنه يبرأ حتى لو هلك بعد ذلك لا ضمان عليه ولو لم يكن وجوب القيمة على الغاصب في الحال ثابتا لما صح الإبراء لأن الإبراء عن العين لا يصح ومنها صحة الكفالة مع أن الكفالة لا تصح بالعين ومنها وجوب الزكاة فإن الغاصب إذا كان له نصاب في ملكه وقد غصب شيئا وهو قائم في يده لا يجب عليه الزكاة إذا انتقص النصاب بمقابلة وجوب قيمة المغصوب

(قوله قيل وإنما اقتصر إلى قوله والطشت) أقول إلا أن

أما العددي المتقارب فهو كالمكيل حتى يجب مثله لقلة التفاوت وفي البر المخلوط بالشعير القيمة لأنه لا مثل له قال (وعلى الغاصب رد العين المغصوبة) معناه مادام قائما لقوله عليه الصلاة والسلام على اليد ما أخذت حتى ترد وقال عليه الصلاة والسلام لا يحل لأحد أن يأخذ متاع أخيه لاعبا ولا جادا فإن أخذه فليرده عليه ولأن اليد حق مقصود وقد فوتها عليه فيجب إعادتها بالرد إليه وهو الموجب الأصلي على ما قالوا ورد القيمة مخلص خلفا لأنه قاصر إذ الكمال في رد العين والمالية وقيل الموجب الأصلي القيمة ورد العين مخلص ويظهر ذلك في بعض الأحكام

المثل صورة ومعنى على من غصب شيئا له مثل كالمكيل والموزون فهلك في يده وقد مر الاستدلال به على ذلك في المسألة الأولى وهو الذي أشار إليه في الكافي وغيره بقوله لما تلونا فتدبر (قوله أما العددي المتقارب فهو كالمكيل) قال في النهاية وإنما اقتصر على المكيل ولم يقل كالمكيل والموزون لأن من الموزونات ما ليس بمثلي وهو الموزون الذي في تبعيضه ضرر كالمصوغ من القمقم والطشت اهـ (أقول) لقائل أن يقول لو كان اقتصاره على المكيل لذلك الشيء الذي ذكره لما اقتصر عليه فيما مر أيضا حيث قال ومن غصب شيئا له مثل كالمكيل والموزون فهلك في يده فعليه مثله وليس فليس وأورد عليه صاحب العناية بوجه آخر حيث قال بعد نقل ما في النهاية بقيل وليس بواضح لأن من المكيل ما هو كذلك كالبر المخلوط بالشعير فإنه لا مثل له ففيه القيمة اهـ (أقول) يمكن أن يجاب عنه بأن الظاهر أن مراد المصنف بالمكيل في قوله أما العددي المتقارب فهو كالمكيل حتى يجب مثله لقلة التفاوت هو المكيل من جنس واحد بقرينة قوله بعده وفي البر المخلوط بالشعير القيمة لأنه لا مثل له وبقرينة شهرة اعتبار الجنس مع المكيل في تحقق المماثلة في الكيل كما تقرر في باب الربا من

كالجوز والبيض (قوله لاعبا ولا جادا) بتوسط حرف العطف كذا في المبسوط ومعناه ظاهر والرواية في المصابيح لاعبا جادا بدون توسط حرف العطف بينهما أي لا يريد سرقته ولكن يريد إدخال الغيظ على أخيه فهو لاعب في مذهب السرقة جاد في إدخال الغيظ على أخيه (قوله ويظهر ذلك في بعض الأحكام) ولهذا لو أبرأه عن الضمان حال قيام العين يصح حتى لو هلك بعده لا يجب الضمان ولولا أن الموجب الأصلي القيمة لما صح الإبراء لأن الإبراء عن العين لا يصح ولو كفل بالمغصوب يصح ولو لم يكن الضمان واجبا لكان كفالة بالعين ولو غصب جارية قيمتها ألف وله ألف نقد وحال عليه الحول فإنه لا يجب الزكاة على هذا الألف لأنه صار مديونا

بينهما فرقا فإن البر والشعير مختلفان من الأصل بخلاف القمقم والطشت المعمولين من أصل واحد كالنحاس فإن اختلافهما ليس إلا لاختلاف الصنعة (قوله ولعمري أن تقديم هذا الخ) أقول وإنما قدم المصنف ما قدمه اهتماما لكثرة الخلاف فيما يتعلق به وكون الكتاب من الخلافيات فتأمل (قوله كان أنسب) أقول لأنه موجب قال المصنف (ويظهر ذلك في بعض الأحكام) أقول منها لو أبرأه عن الضمان حال قيام العين يصح حتى لو هلك بعده لا يجب الضمان ولولا أن الواجب الأصلي القيمة لما صح ذلك ومنها لو كفل بالمغصوب يصح ولو لم يكن الضمان واجبا لكان كفالة بالعين وذا لا يصح ومنها أنه لا تجب الزكاة على الغاصب في نصاب بيد الغاصب إذا انتقص ذلك النصاب بمقابلة وجوب قيمة المغصوب حال قيام المغصوب كذا ذكر في النهاية والجواب إنما هو بمرضية أن توجد فله شبهة الوجود في الحال والقيمة كذلك (قوله لأنه قاصر الخ) أقول يعني لأن رد القيمة قاصر (قوله إذا انتقص النصاب بمقابلة وجوب قيمة المغصوب) أقول كأنما انتقص بالدين

قيل والصحيح هو الاول لان الموجب الاصلي لو كان القيمة لجاز للغاصب أن يمتنع عن رد العين اذا قدر على القيمة لان المصير الى الخلف انما يكون عند عدم القدرة على الاصل وليس كذلك والجواب عن مسئلة الابراء انما هو بعرضية أن يوجد فله شبهة الوجود في الحال والقيمة كذلك فكان الابراء صحيحا من ذلك الوجه وقد قررناه ذلك في التقرير والانوار وعن مسئلة الكفالة أن الكفالة بالاعيان المضمونة بنفسها صحيحة والمغصوب منها وقد تقدم في الكفالة وعن مسئلة الزكاة بما ذكرنا في مسئلة الابراء (ثم الواجب الرد في المكان الذي غصبه لتفاوت القيم بتفاوت الاماكن فان ادعى هلاكها حبسه الحاكم حتى يعلم أنها لو كانت باقية لاظهرها) ومقدار ذلك مفوض الى رأي الحاكم وهذا اذا لم يرض المالك بالقضاء بالقيمة فان رضي أو حبسه الحاكم مدة ولم يظهرها (قضى عليه ببدلها) بما تفقا عليه من القيمة أو أقام المالك بينة على ما يدعيه من القيمة (لان الواجب رد العين والهلاك بعارض فالغاصب يدعي أمرا عارضا خلاف الظاهر فلا يقبل قوله) وكلامه ظاهر فان قيل ذكر في الذخيرة

في السير أن الغاصب اذا غيب المغصوب والقاضي يقضي عليه بالقيمة من غير تلوم فما وجهه قيل في المسئلة روايتان وقيل المذكور في الذخيرة جواب الجواز والمذكور في الكتاب جواب الافضل قال (والغصب فيما ينقل ويحول الخ) الغصب كائن فيما ينقل ويحول لا في العقار وهو كل ماله أصل كالدار والضيعة والنقل والتحويل واحد وقيل التحويل هو النقل من مكان والاثبات في مكان آخر كما في حوالة الباذنجان والنقل يستعمل بدون الاثبات في مكان آخر (لان الغصب بحقيقته) حوالة (يتحقق في المنقول دون غيره لان ازالة اليد بالنقل) ولا نقل في العقار والغصب بدون الازالة لا يتحقق (فاذا غصب عقارا فهلك في يده بغير صنعه لم يضمنه عند أبي حنيفة

(والواجب الرد في المكان الذي غصبه) لتفاوت القيم بتفاوت الاماكن (فان ادعى هلاكها حبسه الحاكم حتى يعلم أنها لو كانت باقية لاظهرها ثم قضى عليه ببدلها) لان الواجب رد العين والهلاك بعارض فهو يدعي أمرا عارضا خلاف الظاهر فلا يقبل قوله كما اذا ادعى الافلاس وعليه ثمن متاع فيحبس الى أن يعلم ما يدعيه فاذا علم الهلاك سقط عنه رده فيلزمه رد بدله وهو القيمة قال (والغصب فيما ينقل ويحول) لان الغصب بحقيقته يتحقق فيه دون غيره لان ازالة اليد بالنقل (واذا غصب عقارا فهلك في يده لم يضمنه) وهذا عند أبي حنيفة وأبي

البيوع (قوله والغصب فيما ينقل ويحول) أي الغصب يتقرر فيما ينقل ويحول بدليل قوله لان الغصب بحقيقته يتحقق فيه كذا في معراج الدراية ثم ان المقصود بيان تحقق الغصب فيما ينقل ويحول دون غيره لا بيان مجرد تحققه في المنقول اذ لا خلاف فيه ولا اشتباه وانما الخلاف والاشتباه في عدم تحققه في غير المنقول فهو المقصود الاصلي بالبيان ههنا فالقصر معتبر في التركيب المذكور أعني قوله والغصب فيما ينقل ويحول كما أشار اليه تاج الشريعة حيث قال في تفسير ذلك أي تحقق الغصب في المنقول دون غيره وأشار اليه صاحب العناية أيضا حيث قال في تفسير ذلك أي تحقق الغصب في المنقول دون غيره وأشار اليه صاحب العناية أيضا حيث قال الغصب كائن فيما ينقل ويحول لا في العقار بل أشار اليه المصنف نفسه حيث قال في تعليل ذلك لان الغصب بحقيقته يتحقق فيه دون غيره قلت بقي الكلام في أن أداة القصر في التركيب المزبور ماذا فلعلها هي تعريف المسند اليه بلام الجنس فانه يفيد قصر المسند اليه على المسند كما صرحوا به في علم الادب ومثلوه بنحو التوكل على الله والكرم في العرب والامام من قريش (قوله لان الغصب بحقيقته يتحقق فيه دون غيره لان ازالة اليد بالنقل) أقول لقائل أن يقول هذا القدر من الدليل بدون التفصيل الآتي في دليل عدم الضمان في غصب العقار لا يفيد المدعى ههنا كما لا يخفى على من أحاط بحقيقة المقام خبرا وبذكر التفصيل الآتي هناك يستغنى عن ذكر الدليل ههنا فالاحسن أن يكتفي بما سيأتي في تعليل جواب مسئلة غصب العقار المتفرعة على الاصل المذكور ههنا كما اكتفى ببيان الخلاف هناك عن بيانه ههنا فان الخلاف المذكور هناك متحقق ههنا أيضا لا محالة (قوله واذا غصب عقارا فهلك في يده لم يضمنه) أقول كان الاليق بالمصنف أن يذكر الفاء بدل الواو

ولا تجب الزكاة على المديون (قوله والغصب فيما ينقل ويحول) النقل والتحويل واحد كما في قوله تعالى فيؤس قنوط وقيل التحويل يستعمل في النقل من مكان واثباته في مكان آخر كما في حوالة الباذنجان والنقل بدون الاثبات في مكان آخر (قوله واذا غصب عقارا فهلك في يده) بان غلب السيل على الارض فبقيت

(قوله قيل والصحيح) أقول القائل هو الاتقاني (قوله لان المصير الى الخلف انما يكون عند عدم القدرة على الاصل وليس كذلك) أقول يرده العلامة الزيلعي وقال كونه لا يصار اليه مع القدرة على رد العين لا يدل على أنه ليس باصل كالطهر مع الحيض فان الطهر هو الاصل والحيض خلف عنه ولا يصار اليه الا عند العجز عن اقامتها الى هنا عبارته ولك أن تقول ثبت ذلك على خلاف القياس بالنص فيقتصر على مورده (قوله وعن مسئلة الكفالة أن الكفالة بالاعيان المضمونة بنفسها صحيحة) أقول وأنت خبير بانه يجوز أن يجاب عن هذه المسئلة بما أجيب به عن مسئلة الابراء (قوله وقيل المذكور في الذخيرة جواب الجواز) أقول يعني لو قضى بلا تلوم يجوز (قوله والمذكور في الكتاب جواب الافضل) أقول يعني الافضل هو التلوم قال المصنف (والغصب فيما ينقل ويحول) أقول والغصب مبتدأ وقوله فيما ينقل خبره (قوله لان الغصب بحقيقته الخ) أقول تعليل لقوله الغصب كائن فيما ينقل ويحول لا في العقار قال المصنف (واذا غصب عقارا)

يوسف

وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يضمنه وهو قول أبي يوسف الاول والشافعي رحمهما الله لتحقق اثبات اليد) بالسكنى

ووضع الامتعة وغير ذلك (ومن ضرورته زوال يد المالك لاستحالة اجتماع اليدين) من جنس واحد (على محل واحد في حالة واحدة) وانما قيل من جنس واحد احترازا عما اذا آجر داره من رجل فانها في يد المستأجر حقيقة وفي يد الآجر حكما لكنهما يدان مختلفان (فيتحقق الوصفان) يعني ازالة يد المالك واثبات يد الغاصب (وهو الغصب) أي تحقق الوصفين هو الغصب (على ما بيناه فصار كالمنقول) في تحقق الوصفين (وجحود الوديعة) في العقار فانه اذا كان وديعة في يد شخص فجحده كان ضامنا بالاتفاق فالقول بالضمان في هذه الصورة وقد ثبت أن جحود الوديعة غصب مع عدم القول به في غير صورة الجحود تناقض ظاهر وكان التكلف باثبات ازالة اليد من جانب الشافعي للالزام لانه يكتفي في الغصب باثبات اليد الباطلة كما تقدم

أقول اطلاق لفظ الغصب هنا مجاز على سبيل المشاكلة قال المصنف (لتحقق اثبات اليد ومن ضرورته زوال يد المالك) أقول هو لتعليل قول محمد لا لتعليل قول الشافعي فان عنده يتحقق الغصب باثبات اليد بدون ازالة يد المالك كذا في شرح الكاكي وقال الاكمل وكان التكلف باثبات اليد الباطلة كما تقدم

يوسف وقال محمد يضمنه وهو قول أبي يوسف الاول وبه قال الشافعي لتحقق اثبات اليد ومن ضرورته زوال يد المالك لاستحالة اجتماع اليدين على محل واحد في حالة واحدة فيتحقق الوصفان وهو الغصب على ما بيناه فصار كالمنقول وجحود الوديعة

في قوله واذا غصب عقارا الخ لان هذه المسئلة متفرعة على ما سبق من الاصل فينبغي أن يظهر علامة التفريع في اللفظ كما وقع في سائر الكتب فذكرت كلمة الفاء في عامتها ومنها حتى في المحيط حيث قال فيه وشرطه عند أبي حنيفة كون المأخوذ منقولا وهو قول أبي يوسف الآخر حتى أن غصب العقار عند أبي حنيفة وأبي يوسف في قوله الآخر لا ينعقد موجبا للضمان اهـ والعجب أن كلمة الفاء كانت مذكورة في مختصر القدوري فبدلها المصنف بالواو في البداية والهداية * ثم أقول المراد بالغصب في قوله واذا غصب عقارا هو الغصب اللغوي دون الغصب الشرعي فلا يتجه أن يقال قد تقرر فيما مر أن حكم الغصب مطلقا عند هلاك العين المغصوبة في يد الغاصب هو الضمان فكيف يصح الحكم ههنا بعدم الضمان في غصب العقار وهلاكه في يد الغاصب لان الضمان انما هو حكم الغصب الشرعي دون اللغوي والمتحقق ههنا هو الثاني دون الاول فلا منافاة قال بعض الفضلاء اطلاق لفظ الغصب هنا مجاز على سبيل المشاكلة اهـ (أقول) فيه أن المصير الى المجاز انما هو عند تعذر الحقيقة وهنا الحقيقة اللغوية متيسرة فلا يصار الى المجاز اللهم الا أن يريد بالمجاز المجاز بالنظر الى الوضع الشرعي دون المجاز المطلق فلا ينافي كونه حقيقة بالنظر الى الوضع اللغوي ولكن حق الاداء ما قدمناه كما لا يخفى" وقال صاحب غاية البيان وقد اختلف عبارات المشايخ في غصب الدور والعقار على مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف فقال بعضهم يتحقق فيها الغصب ولكن لا على وجه يوجب الضمان واليه مال القدوري في قوله واذا غصب عقارا فهلك في يده لم يضمنه عند أبي حنيفة وأبي يوسف لانه أثبت الغصب ونفى الضمان وقال بعضهم لا يتحقق أصلا واليه مال أكثر المشايخ اهـ كلامه (أقول) فيه نظر لانه ان أراد أن بعضهم قال يتحقق الغصب الشرعي على مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف فلا نسلم ذلك اذ لم يقل أحد ان الغصب الشرعي يتحقق عندهما فيها كيف ولو قاله لما صح منه أن يقول لا على وجه يوجب الضمان فان وجوب الضمان عند هلاك المغصوب في يد الغاصب حكم مقرر لمطلق الغصب الشرعي لا يتخلف عنه عند أحد وانما المراد بالغصب في عبارة من أثبت الغصب ونفى الضمان هو الغصب اللغوي دون الشرعي كما بيناه وان أراد أن بعضهم قال يتحقق فيها الغصب اللغوي ولا يوجب الضمان وبعضهم قال لا يتحقق فيها الغصب اللغوي أيضا فلا نسلم أن أحدا قال ان الغصب اللغوي لا يتحقق فيها لان الغصب اللغوي على ما مر في صدر الكتاب أخذ الشيء من الغير على سبيل التغلب ولا شك في تحقق هذا المعنى في العقار اذ لم يعتبر فيه ازالة يد المالك أصلا فضلا عن ازالة يده بفعل في العين كما هو المانع عن تحقق الاصل الشرعي عندهما في العقار على ما ستعرفه فلا يصدر ممن له أدنى تمييز انكار تحقق الغصب اللغوي في العقار فضلا عن مثل مشايخنا هؤلاء الاجلاء

تحت الماء أو غصب دارا فانهدمت بآفة سماوية أو جاء سيل فذهب بالبناء لم يضمن عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد يضمن (قوله لتحقق اثبات اليد) ومن ضرورته زوال يد المالك لاستحالة اجتماع اليدين على محل واحد في حالة واحدة هذا التعليل لقول محمد وعند الشافعي رحمه الله يتحقق الغصب باثبات اليد المبطلة وتعليل قول محمد رحمه الله على هذا الوجه يدل على ان لا خلاف بين علمائنا الثلاثة في حد الغصب بانه ازالة اليد المحقة واثبات اليد المبطلة لا كما ظنه البعض ان حده عند محمد اثبات يد العدوان كما قاله الشافعي رحمه الله اذ لو كان كذلك لاتفق جوابهما في زوائد المغصوب (قوله وجحود الوديعة) أي في العقار يعني اذا كان العقار وديعة في يده فجحده كان ضامنا بالاتفاق فكذا بالغصب على ما يجيء

(ولأبي حنيفة وأبي يوسف أن الغصب اثبات اليد بازالة يد المالك) أي بسبب ذلك (وهذا) أي هذا المجموع (لا يتصور في العقار لان يد المالك لا تزول الا باخراجه) أي باخراج المالك (عنها) أي عن العقار يعني الضيعة أو الدار (وهو) أي الاخراج (فعل في المالك لا في العقار) فانتفى ازالة اليد والكل ينتفي بانتفاء جزئه (فصار كما اذا بعد المالك عن المواشي حتى تلفت فان ذلك لا يكون غصبا لها (وفي المنقول النقل فعل فيه وهو الغصب ومسئلة الجحود ممنوعة) ذكر في المختلفات أن الوديعة لو كانت عقارا لا يضمن وان جحد وذكر في المبسوط والاصح أن يقال جحود الوديعة بمنزلة الغصب فلا يكون موجبا للضمان في العقار في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله (ولو سلم فالضمان هناك بترك الحفظ الملتزم وبالجحود تارك لذلك) قال (وما نقصه منه بفعله أو سكناه ضمنه) وما نقصه الغاصب من العقار بفعله أو سكناه ضمنه في قولهم جميعا أما على قول محمد والشافعي رحمهما الله فظاهر وأما على قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله فلانه اتلاف والعقار يضمن به كما اذا نقل ترابه لانه فعل في العين قال المصنف رحمه الله (ويدخل فيما قاله) يعني القدوري (اذا انهدمت الدار بسكناه وعمله) بان كان عمله الحدادة أو القصارة فوهى جدار الدار بسبب ذلك وانهدم كان مضمونا عليه وانما قيد بذلك لانه اذا انهدمت الدار بعد ما غصبها وسكن فيها لا بسكناه وعمله بل بآفة سماوية فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة وأبي يوسف (فلو غصب دارا وباعها وسلمها وأقر بالغصب ولا بينة لصاحب الدار) على أنها ملكه (فهو على الاختلاف في الغصب) لا يضمن البائع للمالك شيأ عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله لان البيع والتسليم غصب وهو لا يتحقق موجبا للضمان في الغصب عندهما خلافا لمحمد رحمه الله وقيد بقوله ولا بينة له لان اقرار البائع بالغصب في حق المشتري باطل فاذا لم يكن للمالك بينة تحقق الغصب وأما اذا كان له بينة أمكنه أن يقيمها على أن الدار ملكه ويأخذها من المشتري فلا يضمن البائع بالاتفاق وقوله (هو الصحيح) يحتمل أن يكون احترازا عن قول بعضهم بان في مسئلة البيع والتسليم الضمان على البائع بالاتفاق فان قيل اذا شهدا بدار لانسان وقضى له بها ثم رجعا ضمنا قيمتها للمشهود قال

ولهما أن الغصب اثبات اليد بازالة يد المالك بفعل في العين وهذا لا يتصور في العقار لان يد المالك لا تزول الا باخراجه عنها وهو فعل فيه لا في العقار فصار كما اذا بعد المالك عن المواشي وفي المنقول النقل فعل فيه وهو الغصب ومسئلة الجحود ممنوعة ولو سلم فالضمان هناك بترك الحفظ الملتزم وبالجحود تارك لذلك قال (وما نقصه منه بفعله أو سكناه ضمنه في قولهم جميعا) لانه اتلاف والعقار يضمن به كما اذا نقل ترابه لانه فعل في العين ويدخل فيما قاله اذا انهدمت الدار بسكناه وعمله فلو غصب دارا وباعها وسلمها وأقر بذلك والمشتري ينكر غصب البائع ولا بينة لصاحب الدار فهو على الاختلاف في الغصب هو الصحيح

(قوله ولهما أن الغصب اثبات اليد بازالة يد المالك بفعل في العين وهذا لا يتصور في العقار لان يد المالك لا تزول الا باخراجه عنها وهو فعل فيه لا في العقار) قال صاحب العناية في حل هذا المحل ولأبي حنيفة وأبي

(قوله فصار كما اذا بعد المالك عن المواشي) فان ذلك لا يكون غصبا حتى لو حبس المالك حتى تلفت مواشيه لا يضمن كذا في المبسوط (قوله وهو الغصب) أي النقل هو الغصب لان بذلك يتحقق ازالة يد المالك عن ذلك المنقول واثبات يد الغاصب فيه فيتحقق الغصب (قوله ومسئلة الجحود ممنوعة) لانه ذكر في المختلفات اما الوديعة لو كان عقارا لا يضمن وذكر في المبسوط والاصح أن يقول جحود الوديعة بمنزلة الغصب فلا يكون موجبا للضمان في العقار في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ولو سلم فالضمان هناك بترك الحفظ الملتزم أو لقصر يد صاحبه بالجحود لان صاحبه لا يتوصل الى الوديعة بعد جحوده حتى اذا كانت الوديعة بساطا لم ينقله وجلس عليه جاحد الوديعة لم يضمن لانه متى كان ظاهرا لم تصر يد صاحبه مقصورة بالجحود بنفسه (قوله وما نقصه منه بفعله أو سكناه ضمنه في قولهم جميعا) وذلك بان هدم شيأ أو انهدم بسكناه لانه متلف لما انهدم بفعله والعقار يضمن بالاتلاف لان الاتلاف يتحقق فيه كما اذا نقل ترابه لانه فعل في العين وجاز أن لا يضمن بالغصب ويضمن بالاتلاف كالحر (قوله ويدخل فيما قاله) أي فيما قاله القدوري في مختصره وهو قوله وما نقص منه بفعله وسكناه (قوله اذا انهدمت الدار بسكناه) وعمله بان كان عمله الحدادة أو القصارة فوهى جدار الدار بذلك وانهدم كان مضمونا عليه وانما قيد الانهدام بسبب سكناه وعمله في الضمان لانه اذا انهدمت الدار بعد ما غصبها وسكن فيها لا بسبب سكناه وعمله لا ضمان عليه في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله الآخر لان الغصب الموجب للضمان لا يتحقق في العقار عندهما والحكم يبتنى على السبب كذا في غصب المبسوط (قوله ولا بينة لصاحب الدار) انما قيد به لانه لو كان له بينة لا يضمن البائع بالاتفاق لانه قادر على أن يقيم البينة على انها ملكه ويأخذ الدار عن المشتري (قوله فهو على الاختلاف في الغصب هو الصحيح) وذكر شمس الائمة السرخسي في المبسوط فان

قال المصنف (ولهما أن الغصب اثبات اليد بازالة يد المالك بفعل في العين) أقول ليت شعري بأي دليل ثبت كون ازالة يد المالك بفعل في العين ومتى ثبت بل مفهوم ازالة اليد تحققه في اخراج المالك أظهر ويجوز أن يقال الواجب ضمان المحل فاذا لم يكن به فعل في المحل بل في مالكه لا يجب ضمان المحل قال المصنف (وهذا لا يتصور في العقار) أقول للخصم أن يقول انما لم يضمن فيه لانتفاء اثبات اليد فتامل (قوله أي بسبب ذلك) أقول فيه تامل فان السببية غير ظاهرة بل الظاهر أنها للالصاق أو للمصاحبة (قوله فاذا لم يكن للمالك بينة تحقق الغصب) أقول فيه بحث

قال (واذا انتقص بالزراعة يغرم النقصان) لانه أتلف البعض فيأخذ رأس ماله ويتصدق بالفضل قال (وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا يتصدق بالفضل)

يوسف أن الغصب اثبات اليد بازالة يد المالك أي بسبب ذلك وهذا أي هذا المجموع لا يتصور في العقار لان يد المالك لا تزول الا باخراجه أي باخراج المالك عنها أي عن العقار يعني الضيعة أو الدار وهو أي الاخراج فعل في المالك لا في العقار فانتفى ازالة اليد والكل ينتفي بانتفاء جزئه اهـ (أقول) في تقريره قصور أما أولا فلانه جعل الباء في قول المصنف بازالة يد المالك للسببية وليس بواضح اذ على تقدير تحقق السببية بين اثبات يد الغاصب وبين ازالة يد المالك كان السبب هو اثبات يد الغاصب دون ازالة يد المالك لكون الاول وجوديا وأصلا صادرا من الغاصب والثاني أمرا عدميا متفرعا على الاول ولو أيضا لو كان الباء المزبورة للسببية كان معنى كلام المصنف ولهما أن الغصب اثبات اليد المسبب عن ازالة يد المالك بفعل في العين فلا يفهم منه كون الغصب عندهما مجموع اثبات اليد العادية وازالة يد المالك بفعل في العين كما هو المقصود فالوجه أن يكون الباء ثمة للمصاحبة فيكون المعنى ولهما أن الغصب اثبات اليد مع ازالة يد المالك بفعل في العين فحينئذ ينتظم المعنى ويحصل المقصود وأما ثانيا فلان المتبادر من قوله فانتفى ازالة اليد بدون التقييد أن لا تتحقق ازالة اليد أصلا في غصب العقار عندهما وليس كذلك اذ قدمر في تعليل قول محمد ان من ضرورة اثبات اليد زوال يد المالك لاستحالة اجتماع اليدين على محل واحد في حالة واحدة وفي تعليل قولهما ههنا لم يتعرض لنفي تلك المقدمة وليست بقابلة للنفي والمنع لتقررها وبداهتها فلاجرم كانت مسلمة عندهما أيضا فكيف يتم تقرير دليلهما بوجه يشعر بانتفاء ازالة اليد أصلا في غصب العقار فالاولى في تقرير دليلهما وحل كلام المصنف ههنا أن يقال ولهما أن الغصب اثبات اليد العادية مع ازالة يد المالك بفعل في العين لا مع ازالة يد المالك مطلقا أي سواء كانت بفعل في العين أو بفعل في المالك وما كان من ضرورة اثبات اليد انما هو زوال يد المالك مطلقا

كان غاصب الدار باعها وسلمها ثم أقر بذلك وليس لرب الدار بينة فاقراره في حق المشتري باطل لان المشتري صار مالكا بالشراء من حيث الظاهر فلا يقبل قول البائع بعد ذلك في ابطاله ثم لا ضمان على الغاصب للمالك في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله الآخر لانه مقر على نفسه بالغصب فان البيع والتسليم غصب والغصب الموجب للضمان عندهما لا يتحقق في العقار وذكر محمد رحمه الله في كتاب الرجوع عن الشهادات انهم اذا شهدوا بدار لانسان وقضى القاضي ثم رجعوا ضمنوا قيمتها للمشهود عليه فقيل ذلك قول محمد رحمه الله لان تسليطهم الغير على الدار بالشهادة كتسليط الغاصب الغير على الدار بالبيع والتسليم اليه وقيل بل هو قولهم وانما فرق بين الفصلين لهما ان الضمان الواجب بالشهادة ضمان اتلاف فان اتلاف الملك على المشهود عليه قد حصل بشهادتهم حتى لو أقام البينة على الملك لنفسه لا تقبل بينته والعقار يضمن بالاتلاف وهنا اتلاف الملك لم يحصل بالبيع والتسليم بل بعجز المالك عن اثبات ملكه بالبينة ألا ترى أنه لو أقام البينة على انها ملكه قضى له بها فلهذا لا يكون الغاصب ضامنا (قوله وان انتقص بالزراعة يغرم النقصان) اختلفوا في تأويل نقصان الارض قال نصير بن يحيى رحمه الله في نقصان الارض انه ينظر بكم تستأجر هذه الارض قبل استعمالها وبكم تستأجر بعد استعمالها فتفاوت ما بينهما نقصانها وقال محمد بن سلمة رحمه الله ينظر بكم تشترى قبل استعمالها وبكم تشترى بعد استعمالها فتفاوت ما بينهما نقصان الارض قيل رجع محمد بن سلمة رحمه الله الى قول نصير كذا في الفصل الثالث من مزارعة التتمة وفيه أيضا ان من زرع أرض الغير بغير اذنه وبغير عقد مزارعة هل لصاحب الارض أن يطالبه بحصة الارض قال شيخ الاسلام أبو الحسن رحمه الله نعم ان كان عرف أهل تلك القرية انهم يزرعون أرض الغير على وجه المزارعة من غير عقد واذن وفي فتاوى الفقيه أبي الليث ان الزرع للمزارع في هذه الصورة وعليه نقصان الارض ان كانت الارض قد انتقصت بسبب الزراعة (قوله يأخذ رأس ماله) وهو البذر وما أنفق وقدر ما غرم من النقصان وصورته اذا غصب أرضا وزرع فيها كرا

عليه بالاتفاق واتلافهما كاتلاف البائع بالبيع والتسليم ولا ضمان فيه عندهما أجيب بان مسئلة الشهادة على قول محمد وعلى تقدير أن يكون قول الجميع فالفرق بين المسئلتين أن الاتلاف في مسئلة الشهادة حصل بشهادتهما حتى لو أقام البينة على الملك لنفسه لا تقبل بينته والعقار يضمن بالاتلاف وأما في مسئلتنا فان الاتلاف لم يحصل بالبيع والتسليم بل بعجز المالك عن اثبات ملكه ببينته ألا ترى أنه لو أقام البينة على أنها ملكه قضى له بها فلهذا لا يكون البائع ضامنا (وان انتقصت بالزراعة يغرم النقصان) ويعرف النقصان بان ينظر بكم تستأجر هذه الارض قبل استعمالها وبكم تستأجر بعد استعمالها فتفاوت

(قوله لو أقام البينة) أقول يعني المالك (قوله على الملك لنفسه) أقول يعني بعد الشهادة والقضاء

وسنذكر الوجه من الجانبين قال (واذا هلك النقلى فى يد الغاصب بفعله أو بغير فعله ضمنه) وفى أكثر نسخ المختصر واذا هلك الغصب والمنقول هو المراد لما سبق أن الغصب فيما ينقل وهذا لان العين دخل فى ضمانه بالغصب السابق اذ هو السبب وعند العجز عن رده يجب رد القيمة أو يتقرر بذلك السبب ولهذا تعتبر قيمته يوم الغصب (وان نقص فى يده ضمن النقصان) لانه يدخل جميع أجزائه فى ضمانه بالغصب فما تعذر رد عينه يجب

لازواله بوجه خاص وهو أن يكون بفعل فى العين وهذا يعنى مجموع ما اعتبر فى حقيقة الغصب من ازالة اليد العادية مع ازالة يد المالك بفعل فى العين لا يتصور فى العقار لان يد المالك فى العقار لا تزول الا باخراج المالك عنها أى عن العين المغصوب بتوهم أى ذلك الاخراج فعل فى المالك لا فى العقار فلم يوجد فيه ازالة يد المالك بفعل فى العين فلم يتحقق فيه حقيقة الغصب فلم يلزم الضمان عنده لا كه فى يد الآخذ وبهذا التقرير يثبت مدعى الامام الاعظم والامام الثانى ويخرج الجواب عما ذكر فى دليل امامنا الثالث والشافعى كما لا يخفى على ذى فطرة سليمة واستشكل بعض الفضلاء هذا التعليل حيث قال ليت شعرى باى دليل ثبت كون ازالة يد المالك بفعل فى العين ومتى ثبت بل مفهوم ازالة اليد تحققه فى اخراج المالك أظهر اه (أقول) قد ثبت ذلك بدليل ذكره صاحب البدائع حيث قال وأما أبو حنيفة وأبو يوسف فراعلى أصلهما أن الغصب ازاله يد المالك عن ماله بفعل فى المال ولم يوجد فى العقار والدليل على أن هذا شرط تحقق الغصب الاستدلال بضمان الغصب فان أخذ الضمان من الغاصب تفويت يده عنه بفعل فى الضمان فيستدعى وجود مثله منه فى المغصوب ليكون اعتداء بالمثل الى هنا كلامه فتأمل ثم أورد ذلك البعض على قول المصنف فى تعليل قولهما وهذا لا يتصور فى العقار بان قال للخصم أن يقول انما لم يضمن فيه لانتفاء اثبات اليد فتأمل اه (أقول) ليس هذا بشئ اذ ليس فى الخصوم من ينكر تحقق اثبات اليد فيه ولا من يقول بعدم الضمان فيه كما عرفته آنفا فكيف يتصور أن يقول الخصم انما لم يضمن فيه لانتفاء اثبات اليد (قوله وفى أكثر نسخ المختصر واذا هلك الغصب والمنقول هو المراد لما سبق أن الغصب فيما ينقل) أقول لقائل أن يقول ان أراد أن الغصب الشرعى فيما ينقل فهو مسلم ولكن لا يعلم به كون المنقول هو المراد بالغصب المذكور ههنا فى أكثر نسخ المختصر لجواز أن يكون المراد بذلك الغصب اللغوى وهو يعم المنقول وغيره ألا يرى أنه ذكر الغصب فيما مر فى قوله واذا غصب عقارا فهلك فى يده لم يضمنه وأراد به معناه اللغوى لا محالة وان أراد أن الغصب مطلقا فيما ينقل فهو ممنوع جدا ويمكن أن يجاب عنه بان المراد هو الاول ولا يرد جواز أن يكون المراد بالغصب المذكور ههنا فى أكثر نسخ المختصر الغصب اللغوى دون الشرعى لان المعنى اللغوى فى المنقولات الشرعية معنى مجازى بالنظر الى وضع أهل الشرع على ما عرف فى علم الاصول بل فى علم البيان أيضا فلا بد فى ارادة المعنى اللغوى بالمنقولات الشرعية فى تخاطب أهل الشرع من قرينة وههنا القرينة منتفية فوجب الحمل على المعنى الشرعى بخلاف قوله فيما مر واذا غصب عقارا فان قوله قبيل ذلك والغصب فيما ينقل ويحول قرينة على أن يكون المراد بالغصب فى قوله غصب عقارا معناه اللغوى دون الشرعى تدبر

فاخرجت أربعة أكرار ونقصتها الزراعة ما يبلغ قيمة كر ولحقه من المؤن ما يبلغ كرا فاخذ منه ضمان النقصان فانه يتصدق بكر لانه زرع كرا ولحقته مؤنة كر وضمن قدر قيمة كر فحصل الخارج عن رأس ماله بكر فتصدق به لانه ربح مالم يملك وقال أبو يوسف رحمه الله لا يتصدق به لان المنهى ربح مالم يضمن وهو قد ضمن (قوله وسنذكر الوجه من الجانبين) أى فى هذا الفصل فى مسئلة ومن غصب عبدا فاستغله فنقصته الغلة (قوله وعند العجز عن رده تجب القيمة) هذا على قول من يقول بان الواجب الاصلى فى الغصب رد العين (قوله أو يتقرر بذلك السبب) على قول من يقول بان الواجب الاصلى فى الغصب هو القيمة ورد العين مخلص (قوله وان نقص فى يده ضمن النقصان) أى اذا لم يجبر نقصانه بالزيادة بسبب النقصان وسواء كان ذلك النقصان فى بدنه بان كانت جارية فاعورت أو كانت شابة فصارت عنده عجوزا أو ناهدة الثديين فانكسر ثديها أو لم يكن

مابينهما نقصانها وهذا قول نصير بن يحيى وكلا مواضع قال (واذا هلك النقلى فى يد الغاصب بفعله أو بغير فعله ضمنه) وذكر اختلاف النسخ وبين المراد واستدل بقوله (لان العين دخل فى ضمانه بالغصب السابق اذ هو السبب وعند العجز عن رده تجب القيمة يعنى على رأى من يرى أن الموجب الاصلى فى الغصب رد العين ورد القيمة مخلص خلفا (أو تتقرر) أى القيمة (بذلك السبب) يعنى على رأى من يرى أن الاصل هو القيمة ورد العين خلف عنه فان هلك العين تقررت القيمة عليه كما كانت واجبة عند الغصب (ولهذا) أى ولكون الغصب السابق هو السبب (تعتبر قيمته يوم الغصب) ولا فصل فى ذلك بين ما يكون الهلاك بفعله أو بفعل غيره (وان نقص) المغصوب (فى يد الغاصب) ولم ينجبر نقصانه بوجه آخر (ضمن النقصان) سواء كان النقصان فى بدنه مثل أن كان جارية فاعورت أو ناهدة الثديين فانكسر ثديها أو فى غير بدنه مثل أن كان عبدا محترفا فنسى الحرفة (لانه دخل فى ضمانه بجميع أجزائه بالغصب) وقد فات منه جزء (فما تعذر رد عينه) (ما تعذر رد عينه يجب

ردقيمته بخلاف تراجع السعر اذاردفى مكان الغصب لانه عبارة عن فتور الرغبات دون فوت الجزء وبخلاف المبيع لانه ضمان عقد أما الغصب فقبض والاوصاف تضمن بالفعل لا بالعقد على ماعرف قال رضى الله عنه ومراده غير الربوى أما فى الربويات لا يمكنه تضمين النقصان مع استرداد الاصل لانه يؤدى الى الربا قال (ومن غصب عبدا فاستغله فنقصته الغلة فعليه النقصان) لما بينا (ويتصدق بالغلة) قال رضى الله عنه وهذا عندهما أيضا وعنده لا يتصدق بالغلة وعلى هذا الخلاف اذا آجر المستعير المستعار

(قوله ولهذا تعتبر قيمته يوم الغصب) أقول فيه شئ وهو أن الظاهر أن مسئلتنا هذه تعم المثلى وغير المثلى من المنقولات لعموم الحكم المذكور فى جوابها كلامنهما مع أن قوله ولهذا تعتبر قيمته يوم الغصب لا يتمشى فى صورة المثل على قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله اذ قد تقرر فيما مر أن المعتبر فى هاتيك الصورة عند أبى حنيفة قيمته يوم الخصومة وعند محمد قيمته يوم الانقطاع فلم يتم التقريب لكون المسئلة اتفاقية (قوله وان نقص فى يده ضمن النقصان لانه يدخل جميع أجزائه فى ضمانه بالغصب فما تعذر رد عينه يجب رد قيمته) أقول فى هذا التعليل قصور اذ قد صرح فى عامة الشروح بان مسئلتنا هذه تعم ما كان النقصان فى بدن المغصوب مثل أن كان جارية فاعورت أو ناهدة الثديين فانكسر ثديها وما كان فى غير بدنه مثل ان كان عبدا محترفا فنسى الحرفة ولا يخفى أن التعليل المذكور لا يتمشى فى الصورة الثانية لان النقصان فيها من حيث الاوصاف دون الاجزاء فالاولى فى التعليل أن يقال لانه يدخل جميع أجزائه وأوصافه فى ضمانه بالغصب فانه أوفى بالصورتين معا وأوفق لقوله الآتى وبخلاف المبيع لانه ضمان عقد أما الغصب فقبض والاوصاف تضمن بالفعل لا بالعقد على ماعرف تأمل تقف (قوله ومراده غير الربوى أما فى الربويات لا يمكنه تضمين النقصان مع استرداد الاصل لانه يؤدى الى الربا) يعنى أن مراد القدورى بقوله وان نقص فى يده ضمن

فى بدنه كما لو غصب عبدا محترفا فنسى ذلك عند الغاصب أو كان قارئا فنسى القرآن (قوله بخلاف تراجع السعر اذاردفى مكان الغصب) وانما قيد به لان تراجع السعر اذا كان بسبب اختلاف مكان الغصب فللمالك الخيار بين أخذ القيمة و بين الانتظار الى الذهاب الى ذلك المكان فيسترده وفى الايضاح ولو غصب منه عينا ثم لقيه فى بلد آخر والعين فى يده والقيمة فى هذا مثل القيمة فى مكان الغصب أو أكثر فالمغصوب منه أن يأخذها ولا يطالب بالقيمة لانه وصل اليه عين حقه من غير ضرر وان كان السعر فى هذا المكان أقل من السعر فى مكان الغصب فللمغصوب منه الخيار ان شاء أخذ القيمة فى هذا المكان وان شاء انتظر لانه اذا أخذ العين فقد وصل اليه عين ملكه مع ضرر يلحقه من قبل الغاصب وهو النقل الى هذا المكان فكان له أن لا يلتزم الضرر و يطالبه بالقيمة وله أن ينتظر بخلاف ما اذا وجده فى البلد الذى غصبه فيه وقد انتقص السعر حيث لا يكون له خيار لان النقصان ما حصل بفعل مضاف الى الغاصب وانما هو لمعنى راجع الى فتور رغبات الناس فلم يضمن (قوله وبخلاف المبيع) فان المبيعة اذا اعورت فى يد البائع لا يجب شئ فى مقابلته ولكن يخير المشترى بين أن يأخذها بكل الثمن أو يتركها لانه ضمان عقد والعقد يرد على الاعيان لا على الاوصاف أما ضمان الغصب فتعلق بالفعل والفعل حل الذات بجميع الاجزاء والاوصاف فكانت مضمونة (قوله ومن غصب عبدا فاستغله) أى آجره وأخذ غلته فنقصته الغلة أى العمل فى الاجارة (قوله فعليه النقصان

ردقيمته) وأما اذا انجبر نقصانه مثل أن ولدت المغصوبة عند الغاصب فرد هاوفى قيمة الولد وفاء بنقصان الولادة فلا يضمن الغاصب شيأ عندنا خلافا لزفر رحمه الله فان كان النقصان بتراجع السعر فلا يخلو اما أن يكون فى الرد مكان الغصب أولا فان كان فيه فلا ضمان عليه لان تراجع السعر بفتور الرغبات لا بفوات جزء وان لم يكن فيه يخير المالك بين أخذ القيمة والانتظار الى الذهاب الى ذلك المكان فيسترده لان النقصان حصل من قبل الغاصب بنقله الى هذا المكان فكان له أن يلتزم الضرر و يطالبه بالقيمة وله أن ينتظر فقوله (بخلاف تراجع السعر) متعلق بقوله فما تعذر رد عينه يجب رد قيمته (وبخلاف المبيع) معطوف على قوله بخلاف يعنى اذا نقص شئ من قيمة المبيع فى يد البائع بفوات وصف منه قبل أن يقبضه المشترى لا يضمن البائع شيأ لنقصانه حتى لا يسقط شئ من الثمن عن المشترى بسبب نقصان الوصف وان فحش النقصان كما لو اشترى جارية بمائة مثلا فاعورت فى يد البائع فصارت تساوى خمسين كان المشترى مخيرا بين امضاء البيع وفسخه فلو اختار البيع وجب عليه تسليم تمام المائة كما شرط لانه ضمان عقد والاوصاف لا تضمن به (أما الغصب فقبض والاوصاف تضمن بالفعل) وهو القبض هذا لان العقد يرد على الاعيان لا على الاوصاف والغصب فعل يحل الذات بجميع أجزائها وصفاتها فكانت مضمونة قال المصنف رحمه الله (ومراده) أى مراد القدورى رحمه الله بقوله وان نقص فى يده ضمن النقصان (غير الربوى أما فى الربويات) كما اذا غصب حنطة فعفنت عنده أو اناء فضة فانهشم فى يده فلا يمكنه تضمين النقصان مع استرداد الاصل لانه يؤدى الى الربا) لكن صاحبه بالخيار ان شاء أخذ ذلك بعينه ولا شئ له غيره وان شاء تركه وضمنه مثله قال (ومن غصب عبدا فاستغله) أى ومن غصب

(قوله لان النقصان حصل من قبل الغاصب بنقله الى هذا المكان فكان له أن يلتزم الضرر و يطالبه بالقيمة) أقول الضمير فى نقله راجع الى الغاصب والضمير فى له راجع الى المالك المقدم ذكره والضمير فى يطالبه راجع الى الغاصب قال المصنف (قال رضى الله عنه وهذا عندهما أيضا)

عبدا فآجره وقبض الاجرة فصار مهزولا في العمل فعليه النقصان لما بينا أنه دخل جميع أجزائه في ضمانه بالغصب فلما تعذر رد عينه يجب رد قيمته ونقصان وصفه مما تعذر فيه الرد فوجب رد قيمة النقصان و يتصدق بالغلة عند أبي حنيفة و محمد رحمهما الله وعند أبي يوسف رحمه الله لا يتصدق بها وعلى هذا اذا آجر المستعير المستعار والمودع الوديعة لابي يوسف رحمه الله أنه حصل في ضمانه وملكه أما الضمان فظاهر لان المغصوب دخل في ضمان الغاصب وأما الملك فلانه يملكه من وقت الغصب مستندا اذا ضمن ولهما القول بالموجب أي سلمنا أنه حصل في ملكه وضمانه لكنه بسبب خبيث وهو التصرف في ملك الغير وما هو كذلك فسبيله التصدق اذ الفرع يحصل على وصف الاصل أصله حديث الشاة المصلية وهو معروف فان قيل التصرف في ملكه مستندا فانى يكون الخبث أجاب بقوله (والملك المستند ناقص) يعني لكونه ثابتا

أقول الظاهر تقديم أيضا على قوله عندهما (قوله لكنه بسبب خبيث) أقول أي لكنه حصل أو لكن الحصول (قوله وأصله حديث الشاة المصلية) أقول سيجيء الحديث بتفصيله في الدرس الآتي قال المصنف (والملك ناقص) أقول حيث لم يملك العبد كله بل ما نقصته الغلة اذ لم يضمن غيره نعم لا عموم لهذا الوجه على هذا المعنى لما اذا ضمن قيمة العبد كما في أكثر النسخ والملك المستند ناقص فلا مجال للحمل على هذا الاحتمال الا بجعل اللام عهدية (قوله أجاب بقوله والملك المستند ناقص يعني لكونه ثابتا فيه من وجه دون وجه ولهذا يظهر في حق القائم دون الفائت) أقول المضمون هو ما نقصته الغلة وهو فائت غير قائم فتأمل فانه اذا غصب جارية و وطئها ثم ضمن قيمتها لم يظهر الملك في حق حل الوطء الذي فات

لابي يوسف أنه حصل في ضمانه وملكه أما الضمان فظاهر وكذا الملك لان المضمونات تملك باداء الضمان مستندا عندنا ولهما أنه حصل بسبب خبيث وهو التصرف في ملك الغير وما هذا حاله فسبيله التصدق اذ الفرع يحصل على وصف الاصل والملك المستند ناقص

النقصان غير الربوي وأما في الربويات أي في الاموال الربوية التي لا يجوز بيعها بجنسها متفاضلا فلا يمكن للمالك تضمين النقصان في الوصف مع استرداد الاصل لانه يؤدي الى الربا هذا فحوى كلامه (أقول) لقائل أن يقول عدم امكان ذلك مسلم فيما اذا كان نقصان الربويات في الاوصاف كما اذا غصب حنطة تعفنت في يده اذ لا اعتبار للتفاوت في الوصف عندنا في الاموال الربوية فيؤدي تضمين النقصان في الوصف مع استرداد الاصل الى الربا بالاحالة وأما فيما اذا كان نقصانها في الاجزاء كما اذا غصب كيليا أو وزنيا فتلف بعض أجزائه فنقص قدره كيلا أو وزنا فيمكن لصاحب المال تضمين النقصان مع استرداد الباقي من الاصل بلا تأد الى الربا أصلا كما لا يخفى فما معنى تخصيص مراد القدوري بغير الربوي والقول بعدم امكان تضمين النقصان مع استرداد الاصل في الربويات مطلقا فتامل وقال صاحب العناية في شرح هذا المقام قال المصنف ومراده أي مراد القدوري بقوله وان نقص في يده ضمن النقصان غير الربوي أما في الربويات كما اذا غصب حنطة فعفنت عنده أو اناء فضة فانهشم في يده فلا يمكنه تضمين النقصان مع استرداد الاصل لانه يؤدي الى الربا لكن صاحبه بالخيار ان شاء أخذ ذلك بعينه ولا شيء له غيره وان شاء تركه وضمنه مثله الى هنا كلامه (أقول) تقرير صاحب العناية ههنا وان كان مطابقا لما ذكر في الكافي وما ذكر في النهاية نقلا عن الايضاح الا أنه منظور فيه عندي أما أولا فلانه قد صرح في شروح الهداية فيما مر حتى العناية نفسها وفي سائر المعتبرات أيضا بان الوزني الذي في تبعيضه مضرة كالمصوغ من القمقم والطست ليس بمثلي بل هو من ذوات القيم ولا شك أن اناء فضة من ذلك القبيل فكيف يتم تمثيل الربويات ههنا باناء فضة انهشم في يده وأما ثانيا فلانه كيف يصح قوله وان شاء تركه وضمنه مثله وتضمين المثل انما يتصور في المثليات دون ذوات القيم التي منها اناء فضة على مقتضى ما صرحوا به كما مر آنفا فلعل الحق في حكم غصب اناء فضة اذا نقص في يده ما نقله صاحب العناية عن مختصر الشيخ أبي الحسن الكرخي من أن صاحبه بالخيار ان شاء أخذه بعينه ولا شيء له غير ذلك وان شاء ضمنه قيمته من الذهب وعبارة الكرخي هكذا وان كان الاناء فضة فهو بالخيار ان شاء أخذه بعينه ولا شيء له غير ذلك وان شاء ضمنه قيمته من الذهب وكذلك ان كان الاناء من ذهب فهو بالخيار ان شاء أخذه بعينه وان شاء أخذ قيمته من الفضة انتهت ونقل صاحب النهاية مثل ذلك عن المبسوط بطريق التفصيل غير أن الواقع فيه قلب فضة بدل اناء فضة حيث قال وفي المبسوط وان استهلك قلب فضة فعليه قيمته من الذهب مصوغا عندنا وعند الشافعي يضمن قيمته من جنسه بناء على أصله أن للجودة والرداءة والصنعة في الاموال الربوية قيمة وعندنا لا قيمة لها عند المقابلة بجنسها فلو أوجبنا مثل قيمتها من جنسها أدى الى الربا ولو أوجبنا مثل وزنها كان فيه ابطال حق المغصوب منه عن الجودة والصنعة فلمراعاة حقه والتحرز عن الربا قلنا يضمن القيمة من الذهب مصوغا اه (قوله لابي يوسف أنه حصل في ضمانه وملكه أما الضمان فظاهر وكذا الملك لان المضمونات تملك بأداء الضمان مستندا عندنا) أقول فيه نوع تأمل لان الذي حصل في ضمانه وملكه انما هو البعض الفائت من المغصوب بدون مجموع المغصوب لان الكلام فيما اذا نقصته الغلة فوجب عليه ضمان النقصان مع استرداد الاصل والظاهر أن الغلة أي الاجرة بمقابلة منافع مجموع العبد المغصوب المستغل لا بمقابلة منفعة وصف الفائت

لما بينا) أراد به قوله لانه دخل جميع أجزائه في ضمانه بالغصب (قوله وما هذا حاله فسبيله التصدق) كما اذا

فيمن وجه دون وجه ولهذا يظهر في حق القائم دون الفائت (فلا ينعدم به الخبث فلو هلك العبد في يد الغاصب حتى ضمنه له أن يستعين بالغلة في أداء الضمان لان الخبث لاجل المالك ولهذا لو سلم الغلة مع العبد الى المالك يباح له التناول فيزول الخبث بالاداء اليه بخلاف ما اذا باع الغاصب العبد فهلك في يد المشتري ثم استحق وغرمه المشتري فان الغاصب ليس له أن يستعين بالغلة في أداء الثمن الى المشتري لان الخبث ما كان لاجله الا اذا لم يجد الغاصب غيره) أي غير الغلة بتأويل المذكور أو الاجر أو المال (لانه محتاج اليه وللمحتاج اليه أن يصرفه الى حاجة نفسه) وهو أولى بذلك لانها ملكه وان كان فيه خبث (فلو أصاب مالا تصدق بمثله ان كان غنيا وقت الاستعمال) أي وقت استهلاك الثمن (وان كان فقيرا فلا شئ عليه لما ذكرنا) أنه محتاج وكذلك ان استهلك الغلة مكان الثمن ان كان محتاجا فلا شئ عليه وان كان غنيا فعليه أن يتصدق بمثله قال (ومن غصب ألفا فاشترى بها جارية) الغاصب اذا تصرف في المغصوب أو المودع في الوديعة وربح فيه لا يطيب له الربح عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله خلافا لابي يوسف رحمه الله وقد مر في الدلائل وجوابهما في الوديعة أظهر لما ذكرنا أنه لا يستند الملك الى ما قبل التصرف لانعدام سبب الضمان فكان التصرف في غير ملكه مطلقا فيكون الربح خبيثا وانما كرر الشراء في وضع المسئلة تنبيها على تحقق الخبث وان تداولته الايدي ثم هذا أي عدم طيب الربح فيما يتعين بالاشارة كالعروض ظاهر وأما فيما لا يتعين بالتعيين كالثمنين الدراهم والدنانير

فلا ينعدم به الخبث (فلو هلك العبد في يد الغاصب حتى ضمنه له أن يستعين بالغلة في أداء الضمان) لان الخبث لاجل المالك ولهذا لو أدى اليه يباح له التناول فيزول الخبث بالاداء اليه بخلاف ما اذا باعه فهلك في يد المشتري ثم استحق وغرمه ليس له أن يستعين بالغلة في أداء الثمن اليه لان الخبث ما كان لحق المشتري الا اذا كان لا يجد غيره لانه محتاج اليه وله أن يصرفه الى حاجة نفسه فلو أصاب مالا تصدق بمثله ان كان غنيا وقت الاستعمال وان كان فقيرا فلا شئ عليه لما ذكرنا قال (ومن غصب ألفا فاشترى بها جارية فباعها بألفين ثم اشترى بالالفين جارية فباعها بثلاثة آلاف درهم فانه يتصدق بجميع الربح وهذا عندهما) وأصله أن الغاصب أو المودع اذا تصرف في المغصوب أو الوديعة وربح لا يطيب له الربح عندهما خلافا لابي يوسف وقد مرت الدلائل وجوابهما في الوديعة أظهر لانه لا يستند الملك الى ما قبل التصرف لانعدام سبب الضمان فلم يكن التصرف في ملكه ثم هذا ظاهر فيما يتعين بالاشارة أما فيما لا يتعين

فقط فما وجه القول بان لا يتصدق بشئ من الغلة أصلا فتفكر (قوله فلو أصاب مالا تصدق بمثله ان كان غنيا وقت الاستعمال وان كان فقيرا فلا شئ عليه لما ذكرنا) فسر جمهور الشراح وقت الاستعمال بوقت استهلاك الثمن ونقل صاحب النهاية هذه المسئلة عن المبسوط بعبارة صريحة فيما فسروا به وقت الاستعمال حيث قال وفي المبسوط فاذا أصاب بعد ذلك مالا تصدق بمثله ان كان استهلك الثمن يوم استهلكه وهو غني وان كان محتاجا يوم استهلك الثمن لم يكن عليه أن يتصدق بشئ من ذلك اه (أقول) فيه اشكال فانه يجوز أن يكون غنيا وقت استهلاك الثمن و يصير فقيرا وقت الاستعانة بالغلة في أداء الثمن الى المشتري ففي هذه الصورة كيف يؤثر الغنى السابق الثابت وقت استهلاك الثمن في حق الغلة المصروفة الى حاجته في حال فقره اللاحق حتى يلزمه التصدق بمثلها عند اصابته مالا أولا يرى أنه لو صرفها الى حاجة غيره من سائر الفقراء لم يلزمه التصدق بمثلها من بعد أصلا فبما اذا صرفها الى حاجة نفسه حال فقره كان أولى بذلك كما صرحوا به فيما قبل اللهم الا أن يقال وجه تأثير الغنى السابق في تلك الصورة هو أنه ان لم يستهلك الثمن حال غناه بلا ضرورة لاحتمل أن يبقى ذلك الثمن الى وقت لزوم أداء الثمن الى المشتري فلا يحتاج الى الاستعانة بالغلة لكن ذلك

اشترى جارية بيعا فاسدا وتقابضا وباعها وربح فيها تصدق بالربح لتمكن الخبث في الربح على ما مر في فصل أحكام البيع الفاسد (قوله لان الخبث لاجل المالك) هذا جواب سؤال ذكر في المبسوط حيث قال فان قيل القيمة دين في ذمته وهذه الغلة ملكه ولكن هي واجب التصدق لخبثها ومن قضى دينه بمال الصدقة كان عليه ان يتصدق بمثله قلنا نعم ولكن التصدق بها لم يكن حتما عليه ألا ترى انه لو أسلم الغلة الى المالك مع العبد كان للمالك ان يتناول ذلك وليس على الغاصب شئ آخر فهو بما صنع يصيره لما الى المالك ثم يصير المالك مبرئا عن ذلك القدر من القيمة لما يقبضه فيزول الخبث بهذا الطريق فلا يلزمه التصدق (قوله بخلاف ما اذا باعه فهلك في يد المشتري ثم استحق) أي الغاصب باع المغصوب وأخذ ثمنه فاستهلكه ومات العبد عند المشتري يضمن المالك المشتري قيمته ورجع المشتري على الغاصب بالثمن لبطلان البيع باسترداد القيمة منه ثم لا يستعين الغاصب في أداء الثمن بالغلة لان الخبث في الغلة ما كان لحق المشتري فلا يزول بالوصول الى يده بخلاف الاول فان الخبث لحق المالك فيزول بوصول الغلة الى يده (قوله وقت الاستعمال) أي وقت استهلاك الثمن (قوله وقد مرت الدلائل) أي في المسئلة التي قبل هذا وهي مسئلة من غصب عبدا فاستغله فنقصته الغلة (قوله ثم هذا ظاهر) أي عدم طيب الربح (قوله فيما يتعين بالاشارة) كالعروض (قوله

قال المصنف (فيزول الخبث بالاداء اليه) أقول زوال الخبث بالنسبة الى المالك لتناوله مال نفسه لا يوجب جواز الاستعانة للغاصب في اداء

فقوله (فى الكتاب) يعنى الجامع الصغير (اشترى بها اشارة الى أن التصدق انما يجب اذا اشترى بها ونقد منها) قال فخر الاسلام لان ظاهر هذه العبارة يدل على أنه أراد بها اذا أشار اليها ونقد منها أما اذا أشار اليها ونقد من غيرها أو نقد منها وأشار الى غيرها أو أطلق اطلاقا ونقد منها يطيب له وهذه أربعة أوجه ففى واحد منها لا يطيب وفى الباقى يطيب وذكر فى المبسوط وجها آخر لا يطيب فيه أيضا

كالثمنين فقوله فى الكتاب اشترى بها اشارة الى أن التصدق انما يجب اذا اشترى بها ونقد منها الثمن أما اذا أشار اليها ونقد من غيرها أو نقد منها وأشار الى غيرها أو أطلق اطلاقا ونقد منها يطيب له وهكذا قال الكرخى لان الاشارة اذا كانت لا تفيد التعيين لا بد أن يتأكد بالنقد ليتحقق الخبث وقال مشايخنا لا يطيب له قبل أن يضمن وكذا بعد الضمان بكل حال وهو المختار لاطلاق الجواب فى الجامعين والمضاربة قال (وان اشترى بالالف جارية تساوى ألفين فوهبها أو طعاما فأكله لم يتصدق بشئ) وهذا قولهم جميعا لان الربح انما يتبين عند اتحاد الجنس

وهو أنه اذا دفع الى البائع تلك الدراهم أولا ثم اشترى منه بتلك الدراهم وهذا التفصيل فى الجواب قول الكرخى رحمه الله لان الاشارة اذا كانت لا تفيد التعيين كان وجودها وعدمها سواء فلا بد أن يتأكد بالنقد ليتحقق الخبث قالوا والفتوى اليوم على قوله لكثرة الحرام دفعا للحرج عن الناس وقال فخر الاسلام رحمه الله قال مشايخنا رحمهم الله لا يطيب له قبل أن يضمن وكذا بعد الضمان بكل حال أى فى الوجوه كلها وهو المختار لاطلاق الجواب فى الجامعين والمضاربة بقوله يتصدق بجميع الربح وقال وذلك لانه اذا نقدها ولم يشر فسلامة المبيع حصلت بهذه الدراهم فاما أن يصير عنها عوضا فلا تثبت شبهة الخبث وان أشار اليها ونقد من غيرها فاعلام جنس الثمن وقدره حصل بهذه الاشارة فكان العقد تعلق بها فتمكن شبهة الخبث أيضا وسبيل مثله التصدق فاستوت الوجوه كلها فى الخبث ووجوب التصدق (وان اشترى بألف جارية تساوى ألفين فوهبها أو طعاما فأكله لم يتصدق بشئ) بل يردع ليه مثل ما غصب (فى قولهم جميعا لان الربح انما يتبين عند اتحاد الجنس)

الاحتمال أمر موهوم يبعد أن يكون مدار الحكم الشرعى فتدبر وفسر تاج الشريعة وقت الاستعمال المذكور فى كلام المصنف بوقت الصرف الى حاجة نفسه (أقول) هذا هو الظاهر ولكن فيه أيضا شئ وهو أن الصرف الى حاجة نفسه انما يجوز أساسا اذا كان لا يجد غير تلك الغلة كما أفصح عنه المصنف بقوله ليس له أن يستعين بالغلة فى أداء الثمن اليه الا اذا كان لا يجد غيره ولا يخفى أنه اذا كان لا يجد غير ذلك كان فقيرا البتة فلم يكن وجه لترديد المصنف حينئذ بقوله فلو أصاب مالا تصدق بمثله ان كان غنيا وقت الاستعمال وان كان فقيرا فلا شئ عليه اذ معناه فبعد أن صرفها الى حاجة نفسه لو أصاب مالا الخ اللهم الا أن يقال يجوز أن يكون غنيا ولا يجد غير ذلك بأن كان ابن السبيل فتأمل (قوله فقوله فى الكتاب اشترى بها اشارة الى أن التصدق انما يجب اذا اشترى بها ونقد منها) أقول فى عبارة المصنف ههنا تسامح لان حاصلها يؤول الى أن يقال فقوله فى الكتاب اشترى بها اشارة الى نفسه والى غيره لان قوله اشترى بها فى قوله انما يجب اذا اشترى بها ونقد منها نفس ما فى الكتاب وقوله ونقد منها أمر مغاير له ولا معنى للقول بأن فى الشئ اشارة الى نفسه والى غيره كما لا يخفى فالظاهر أن يقال فقوله فى الكتاب اشترى بها اشارة الى أن التصدق انما يجب اذا أشار اليها ونقد منها اذ حينئذ لا يلزم المحذور المذكور ويظهر المقابلة بقوله بعده وأما اذا أشار اليها ونقد من غيرها أو نقد منها وأشار الى غيرها كما لا يذهب على ذى مسكة ثم ان مأخذ قول المصنف ثم هذا ظاهر فيما يتعين بالاشارة الى قوله وهو المختار لاطلاق الجواب فى الجامعين والمضاربة ما ذكره فخر الاسلام فى شرح الجامع الصغير ولفظه اذا أشار اليها ونقد منها بدل قول المصنف اذا اشترى بها ونقد منها فانه قال هناك وهذا واضح فيما يتعين بالاشارة اليه فاما فى الدراهم والدنانير فقد ذكر فى الكتاب اذا اشترى بها يتصدق بالربح وظاهر هذه العبارة يدل على أنه أراد بها اذا أشار اليها ونقد منها وكان الكرخى يقول فى المسئلة ان ذلك على أوجه اما ان يشير اليها وينقد منها واما أن يشير

كالثمنين) أى كالدراهم والدنانير (قوله وقال مشايخنا لا يطيب قبل أن يضمن) وكذا بعد الضمان بكل حال وهو المختار لاطلاق الجواب فى الجامعين والمبسوط وحاصله أنه متى استفاد بالحرام ملكا من طريق الحقيقة أو الشبهة ثبت الخبث ولا يثبت فى الدراهم الا الشبهة لانه اذا أشار لم يتعين الا فى حكم جواز العقد لمعرفة النقد والقدر واذا نقد استفاد به سلامة المشترى فاذا أشار ولم ينقد استفاد بالاشارة جواز العقد لمعرفة النقد انه دينار أو جيد أو ردئ والمقدار واذا نقد ولم يشر استفاد بها سلامة فاما ان يصير عنها عوضا فلا فثبت أنه لا يثبت الا الشبهة وقد استوت الوجوه فى الشبهة فاستوت فى الخبث (قوله لان الربح انما يتبين عند اتحاد الجنس) لان الربح فضل والفضل انما يكون بعد المساواة والمساواة انما تتحقق عند التجانس ولا تجانس فلا تساوى فلا فضل ولان الخبث يعمل فى التصدق لا فى التضمين اذ الانسان لا يضمن باتلاف ملك نفسه ولا يمكن التصدق هنا الا بواسطة التضمين ولا سبيل الى التضمين فسقط أصلا

(فصل)

ما وجب عليه بتلك الغلة لكن أدى دين زيد بعد له الا آخر فليتأمل فان جوابه غير خفى قال المصنف (لاطلاق الجواب فى الجامعين والمضاربة) أقول هذا تعليل لعدم الطيب قبل الضمان وبعده لا لقوله بكل حال ولا المجموع كما لا يخفى

بان يصير الاصل وما زاد عليه دراهم ولم يصر فلم يظهر الربح *(فصل)* لما فرغ من بيان حقيقة الغصب وحكمه من وجوب رد العين أو المثل أو القيمة أعقبه بذكر ما يزول به ملك المالك لانه عارض وحقه الفصل عما قبله (واذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها وعظم منافعها زال ملك المغصوب منه عنها وملكها الغاصب وضمنها ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدى بدلها) قوله بفعل الغاصب احتراز عما اذا تغيرت بغير فعله مثل أن صار العنب زبيبا بنفسه أو خلا أو الرطب تمرا فان المالك فيه بالخيار ان شاء أخذه وان شاء تركه وضمنه وقوله حتى زال اسمها احتراز عما اذا غصب شاة فذبحها فانه لم يزل بالذبح المجرد ملك مالكها لانه لم يزل اسمها يقال شاة مذبوحة وشاة حية وقوله وعظم منافعها يتناول الحنطة اذا غصبها وطحنها فان المقاصد المتعلقة بعين الحنطة كجعلها هريسة وكشكا ونشاء وبذرا وغيرها يزول بالطحن والظاهر أنه تأكيد لان قوله زال اسمها يتناوله فانها اذا طحنت صارت تسمى دقيقا لا حنطة ومثل ذلك بقوله (كمن غصب شاة وذبحها وشواها أو طبخها) وفيه اشارة الى أن الذبح وحده لا يزيل الملك بل الذبح والطبخ بمنزلة طحن الحنطة والامثلة كلها تدل على أنه لا بد للغاصب فيه من فعل (قوله وهذا كله) يعنى زوال ملك المالك وتملك الغاصب وضمانه (عندنا وقال الشافعى رحمه الله لا ينقطع حق المالك وهو رواية عن أبى يوسف رحمه الله

(فصل فيما يتغير بعمل الغاصب) قال (واذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها وعظم منافعها زال ملك المغصوب منه عنها وملكها الغاصب وضمنها ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدى بدلها كمن غصب شاة وذبحها وشواها أو طبخها أو حنطة فطحنها أو حديدا فاتخذه سيفا أو صفرا فعمله آنية) وهذا كله عندنا وقال الشافعى رحمه الله لا ينقطع حق المالك وهو رواية عن أبى يوسف رحمه الله

اليها وينقد من غيرها واما أن يطلق اطلاقا وينقد منها أو يشير الى غيرها ينقد منها وفى كل ذلك يطيب الا أن يشير اليها وينقد منها فان الاشارة اليها لا تفيد التعيين فيستوى وجودها وعدمها الا أن يتأكد بالنقد منها قال مشايخنا بل لا يطيب بكل حال أن يتناول من المشترى قبل أن يضمن وبعد الضمان لا يطيب الربح بكل حال واطلاق الجواب ههنا والمضاربة والجامع الكبير دليل على هذا القول وهو المختار الى هنا لفظ فخر الاسلام فى شرح الجامع الصغير وقال فى الذخيرة قال مشايخنا الفتوى اليوم على قول الكرخى لكثرة الحرام دفعا للحرج عن الناس وعلى هذا تقرر رأى الصدر الشهيد وشمس الائمة السرخسى

(فصل فيما يتغير بعمل الغاصب) قال فى العناية لما فرغ من بيان حقيقة الغصب وحكمه من وجوب رد العين أو المثل أو القيمة أعقبه بذكر ما يزول به ملك المالك لانه عارض وحقه الفصل عما قبله اهـ (أقول) فيه كلام أما أولا فلان ما يزول به ملك المالك وان كان عارضا لاصل الغصب الا أن رد المثل أو القيمة متفرع على تحقق هذا العارض فان موجب أصل الغصب انما هو رد العين ولا يصار الى رد المثل أو القيمة الا بعد هلاك العين كما تقرر فيما مر فلم يكن رد المثل أو القيمة الا بعد هلاك العين حكم الغصب الا بعد حدوث ذلك العارض فكان بالتأخير أحرى منه وأما ثانيا فلان كون ما يزول به ملك المالك عارضا انما يقتضى استحقاقه للتأخير لا لفصله عما قبله بان يورد فى فصل على حدة فلم يتم قوله وحقه الفصل عما قبله وكان صاحب الغاية تداركه حيث قال لانه عارض فناسب أن يذكر بعد ذلك لكن لا يتم به تمام التقريب اذ المقصود بيان وجه ذكر ما يتعلق بذلك العارض من المسائل فى فصل على حدة لا بيان وجه مجرد ذكره متأخرا عما قبله (قوله واذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها وعظم منافعها زال ملك المغصوب منه عنها وملكها الغاصب وضمنها ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدى بدلها) قال فى العناية قوله بفعل الغاصب احتراز عما اذا تغير بغير

(فصل فيما يتغير بعمل الغاصب) (قوله حتى زال اسمها) احتراز عما اذا غصب شاة وذبحها لانه فات أعظم المقاصد وهو الدر والنسل ولكن لم يزل اسم الشاة لانه يقال شاة مذبوحة (قوله وأعظم منافعها) كما اذا غصب حنطة وطحنها لان المقاصد المتعلقة بعين الحنطة تزول بالطحن وهى جعلها بذرا وهريسة وكشكا وغيرها (قوله زال ملك المغصوب منه عنها) أى تجب القيمة فى الشاة اذا طبخها وشواها على الغاصب وفى الحنطة المثل ويزول ملك المغصوب منه على وجه لو أبى المالك أخذ القيمة وأراد اللحم مشويا لم يكن له ذلك لان الملك قد زال كذا فى الايضاح (قوله وهو رواية عن أبى يوسف) وفى الايضاح روى عن أبى يوسف ثلاث روايات أحدها مثل قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله والثانية ان حق المالك لا يسقط عنه ولكن ملكه يزول عنه ويباع له العين فى دينه وهو أحق به من جميع الغرماء ان مات وفى رواية له ان يأخذ الدقيق ويبرئ الغاصب من ضمانه لانه يؤدى الى الربا لان الدقيق عين الحنطة من وجه فكان له أن يأخذه كما قبل الطحن وهذا لان عمل الطحن فى تفريق الاجزاء لا فى احداث ما لم يكن موجودا وتفريق الاجزاء لا يبدل العين

(فصل فيما يتغير بعمل الغاصب) (قوله والظاهر أنه تأكيد لان قوله زوال اسمها يتناوله الخ) أقول فيه أن الشاة اذا أربت بعد ذبحها وسلخها يزول عنها اسم الشاة لا المنافع كما سيجىء من الشارح فالاولى أن يقال قوله وعظم منافعها احتراز عما اذا غصب شاة فذبحها وأربها فتأمل قال المصنف (وقال الشافعى لا ينقطع حق المالك) أقول الاظهر لا يزول ملك المالك ليظهر كونه مقابلا لما روى عن أبى يوسف ثانيا فان فيه لا ينقطع حق المالك أيضا ثم ينبغى ان يكون المراد بحق المالك ملكه

غير أنه اذا اختار أخذ الدقيق لا يضمنه النقصان عنده لانه يؤدي الى الربا) اذ الدقيق عين الحنطة من وجه لان عمل الطحن في تفريق الاجزاء لا في احداث ما لم يكن موجودا وتفريق الاجزاء لا يبدل العين كالقطع في الثوب ألا ترى أن الربا يجري بينهما ولا يجري الربا الا باعتبار المجانسة (وعند الشافعي يضمنه) لان على أصله تضمين النقصان مع أخذ العين في الاموال الربوية جائز وهو رواية عن أبي يوسف (وعنه أنه يزول ملكه عنه) ولا يسقط عنه حقه لكنه يباع في دينه وهو أحق به من الغرماء بعد موته) (قوله والشافعي) عطف على قوله لانه يؤدي الى الربا وتقريره أن بقاء العين المغصوب يوجب بقاءه على ملك المالك لان الواجب الاصلي في الغصب رد العين عند قيامه ولولا بقاؤه على ملك المالك لما كان كذلك والعين باق فيبقى على ملكه (وتتبعه الصنعة) الحادثة لانها تابعة للاصل (كما اذا هبت الريح في الحنطة وألقتها في طاحونة فطحنت) فان الدقيق يكون لمالك الحنطة كذلك هذا فان قيل تمثيل فاسد لانه تخلل في صورة النزاع فعل الغاصب دون المستشهد به أجاب بقوله (ولا معتبر بفعله لانه محظور فلا يصلح سببا للملك على ما عرف في الاصول أن الفعل المحظور لا يصلح سببا للنعمة وهو الملك فصار كما اذا عدم الفعل أصلا) وحينئذ صارت صورة النزاع كالمستشهد به لامحالة (وصار كما اذا ذبح الشاة المغصوبة وأربها) أي جعلها عضوا عضوا فان فعل الغاصب فيه موجود وليس بسبب للملك لكونه محظورا (ولنا أنه أحدث صنعة متقومة) لان قيمة الشاة تزداد بطبخها وشيها وكذلك قيمة الحنطة تزداد بجعلها دقيقا (وأحدا ثها صير) جنس (حق المالك هالكا من وجه

الا

غير أنه اذا اختار أخذ الدقيق لا يضمنه النقصان عنده لانه يؤدي الى الربا وعند الشافعي يضمنه وعن أبي يوسف أنه يزول ملكه عنه لكنه يباع في دينه وهو أحق به من الغرماء بعد موته للشافعي أن العين باق فيبقى على ملكه وتتبعه الصنعة كما اذا هبت الريح في الحنطة وألقتها في طاحونة فطحنت ولا معتبر بفعله لانه محظور فلا يصلح سببا للملك على ما عرف فصار كما اذا عدم الفعل أصلا وصار كما اذا ذبح الشاة المغصوبة وسلخها وأربها ولنا أنه أحدث صنعة متقومة صير حق المالك هالكا من وجه

فعله مثل أن صار العنب زبيبا بنفسه أو خلا أو الرطب تمرا فان المالك فيه بالخيار ان شاء أخذه وان شاء تركه وضمنه وقوله حتى زال اسمها احتراز عما اذا غصب شاة فذبحها فانه لم يزل بالذبح المجرد ملك مالكها لانه لم يزل اسمها يقال شاة مذبوحة وشاة حية وقوله وعظم منافعها يتناول الحنطة اذا غصبها وطحنها فان المقاصد المتعلقة بعين الحنطة كجعلها هريسة وكشكا ونشاء وبذرا وغيرها تزول بالطحن والظاهر أنه تأكيد لان قوله زال اسمها يتناوله فانها اذا طحنت صارت تسمى دقيقا لا حنطة الى هنا لفظ العناية (أقول) فيه نظر فان كون قيد وعظم منافعها في هذه المسئلة مذكورا لمجرد التأكيد مع وقوعه في عبارات عامة المعتبرات من المطولات والمختصرات على الاطراد بعيد جدا لا تقبله الطباع السليمة فالحمل عليه من ضيق العطن والصواب أنه احتراز عما اذا غصب شاة فذبحها وأربها فانه لا يزول بالذبح والتأريب ملك مالكها كما سيأتي في الكتاب مع أنه زال اسمها بعد التأريب ولكن لم يزل عظم منافعها وهو اللحمية كما سيأتي التصريح به في عامة الشروح حتى العناية نفسها ولهذا لم يزل ملك مالكها عنها تدبر (قوله غير أنه اذا اختار أخذ الدقيق لا يضمنه النقصان عنده) قال بعض الفضلاء الظاهر أن المراد نقصان القيمة (أقول) ظهوره ممنوع كيف وقد قال عامة الشراح في بيان قول المصنف فيما سيأتي ولنا أنه أحدث صنعة متقومة لان قيمة الحنطة تزداد بجعلها دقيقا وكذا قيمة الشاة تزداد بطبخها فاذا ازداد قيمة الحنطة بجعلها دقيقا فأنى يتصور هناك نقصان القيمة بل الظاهر أن المراد نقصان الوصف كما اذا عفنت وقد أفصح عنه صاحب النهاية حيث قال لان الدقيق عين الحنطة من وجه فكان له أن يأخذه كما قبل الطحن ثم قال والدليل على بقاء جنس الحنطة فيه جريان الربا بينهما ولا يجري الربا الا باعتبار المجانسة وقال فلما ثبتت المجانسة بين الحنطة ودقيقها كان أخذ الدقيق بمنزلة أخذ عين الحنطة ولو أخذ عين الحنطة كان لا يجوز أن يأخذ معها شيأ آخر لنقصان صفتها بسبب العفونة لادائه الى الربا على ما مر فكذلك ههنا اه اللهم الا أن يكون مراد ذلك القائل أيضا بنقصان القيمة نقصانها بسبب فوات الوصف

كالقطع في الثوب والذبح والسلخ في الشاة والدليل على بقاء عين الحنطة فيه جريان الربا بينهما ولا يجري الربا الا باعتبار المجانسة فلما ثبتت الجنسية بين الحنطة ودقيقها كان أخذ الدقيق بمنزلة أخذ الحنطة ولو أخذ عين الحنطة كان لا يجوز أن يأخذ معها شيئا آخر لنقصان صفتها بسبب العفونة لادائه الى الربا فكذلك ههنا (قوله ولا معتبر بفعله) جواب اشكال مقدر وهو أن يقال فيما ذكرتم من الاستشهاد لم يوجد فيه الفعل وفي المتنازع وجد الفعل (قوله ولنا أنه أحدث) احترز به عن الحدوث (قوله صنعة متقومة) في الربوية منفودة (قوله صيرت حق المالك هالكا من وجه) احترازعما اذا صبغ الثوب المغصوب أصفر أو أحمر فانه لا ينقطع حق المالك مع أنه أحدث صنعة متقومة لكن لم يكن هالكا من وجه ألا ترى أنه لم يتبدل اسم الثوب ولم يفت أعظم المقاصد

قال المصنف (غير أنه اذا اختار أخذ الدقيق لا يضمنه النقصان عنده) أقول الظاهر أن المراد نقصان القيمة (قوله لكنه يباع في دينه) أقول قوله لكنه ليس في محله والظاهر أن يقال فيباع في دينه (قوله قوله والشافعي عطف على قوله لانه يؤدي الى الربا) أقول فيلزم أن يكون تعليلا لعدم

ألا ترى أنه تبدل الاسم وفات معظم المقاصد وحقه) أي حق الغاصب (في الصنعة قائم من كل وجه) وما هو قائم من كل وجه مرجح على الهالك من وجه على ما عرف في الاصول من قولهم اذا تعارض ضربا الترجيح كان الرجحان في الذات أحق منه في الحال لان الحال قائمة بالذات تابعة له فينقطع حق المالك بالشيء والطبخ لان الصنعة قائمة بذاتها من كل وجه والعين هالكة من وجه (قوله ولا تجعله سببا الملك من حيث هو محظور) جواب عن قوله ولا معتبر بفعله لانه محظور وتقريره أن لهذا الفعل جهتين جهة تفويت يد المالك عن المحل وهو محظور وجهة احداث صنعة متقومة وهو سبب من حيث هذه الجهة لا الجهة الاولى وقوله (بخلاف الشاة) جواب عن قوله وصار كما اذا ذبح الشاة المغصوبة وتقريره أن العلة حدوث الفعل من الغاصب على وجه يتبدل الاسم واسم الشاة بعد الذبح والسلخ باق كما تقدم أنه يقال شاة مذبوحة مسلوخة كما يقال شاة حية فان قيل الكلام فيها بعد التأريب ولا يقال شاة مأروبة بل يقال لحم مأروب فقد حصل الفعل وتبدل الاسم ولم ينقطع حق المالك أجيب بانه كذلك الا أنه لما ذبحها فقد أبقى اسم الشاة فيها مع ترجيح جانب اللحمية فيها اذ معظم المقصود منها اللحم ثم السلخ والتأريب بعد ذلك لا يفوت ما هو المقصود بالذبح بل يحققه فلا يكون دليل تبديل العين

ألا ترى أنه تبدل الاسم وفات معظم المقاصد وحقه في الصنعة قائم من كل وجه فيترجح على الاصل الذي هو فائت من وجه ولا نجعله سببا للملك من حيث انه محظور بل من حيث انه احداث الصنعة بخلاف الشاة لان اسمها باق بعد الذبح والسلخ

لا نقصانها بمجرد الطحن من غير نقصان الوصف لكن الظاهر في مثله اضافة النقصان الى الوصف لا الى القيمة كما لا يخفى (قوله والشافعي أن العين باق الخ) قال صاحب العناية قوله والشافعي عطف على قوله لانه يؤدي الى الربا (أقول) ليس هذا بسديد فان الواو غير موجودة ههنا في نسخ الهداية الصحيحة أصلا ولو سلم وجودها فالظاهر أنها للابتداء اذ لو كانت للعطف على قوله لانه يؤدي الى الربا لزم الفصل بين المعطوفين بكلام أجنبي وهو قوله وعند الشافعي يضمنه وقوله وعن أبي يوسف أنه يزول ملكه عنه الخ ولا يخفى على من له دربة باساليب الكلام ركاكة ذلك جدا وكونه بمعزل عن شأن صاحب الهداية ورد عليه بعض الفضلاء بوجه آخر حيث قال فيلزم أن يكون تعليلا لعدم جواز ضمان النقصان عند أبي يوسف هذا خلف اه (أقول) ليس هذا بشيء لان معنى قوله والشافعي أن العين باق أن له في اثبات مذهبه كذا وهذا هو المعنى أيضا على تقدير أن يكون والشافعي عطفا على قوله لانه يؤدي الى الربا الا أن له في اثبات مذهب أبي يوسف كذا حتى يلزم أن يكون تعليلا لعدم جواز ضمان النقصان عند أبي يوسف كيف ولو لزم ما توهمه من المحذور ههنا لزم ذلك في كل موضع الخلاف يقال فيه عند اقامة أدلة المذاهب له كذا وله كذا ولنا كذا اذ لا شك أن المذكور ثانيا أو ثالثا من تلك الادلة بالواو معطوف على الاول مع أن مدعى كل واحد منها يخالف الآخر ومن جملة ذلك قوله فيما نحن فيه ولنا أنه أحدث صنعة متقومة فانه معطوف قطعا على قوله والشافعي أن العين باق مع أنه ليس بتعليل لما قاله الشافعي بلا ريب فالوجه في صحة العطف في أمثال ذلك كلها أن المعنى أن له في اثبات مذهبه كذا ولنا في اثبات مذهبنا كذا ولا محذور فيه أصلا فاحفظ هذا فانه ينفعك في مواضع شتى (قوله بخلاف الشاة لان اسمها باق بعد الذبح والسلخ) هذا جواب عن قول الشافعي وصار كما اذا ذبح الشاة المغصوبة وسلخها وأربها وتقريره أن العلة حدوث الفعل من الغاصب على وجه يتبدل الاسم واسم الشاة بعد الذبح باق لانه يقال شاة مذبوحة مسلوخة كما يقال شاة حية فان قيل الكلام فيها بعد التاريب ولا يقال شاة ماروبة بل يقال لحم ماروب فقد حصل الفعل وتبدل الاسم ولم ينقطع حق المالك

(قوله ألا ترى أنه تبدل الاسم وفات معظم المقاصد) فتبدل الاسم دليل على المغايرة صورة وتبدل المقصود دليل على المغايرة معنى واذا ثبتت المغايرة بينهما وقد ثبت الثاني فيكون الاول مستهلكا ضرورة ان الشيء الواحد يستحيل ان يكون شيئين فاذا هلك الاول بفعله صار ضامنا مثله والدقيق حادث بفعله فيكون ملكا له والصنعة قائمة بذاتها من كل وجه والعين هالكة من وجه فصارت الصنعة راجحة في الوجود وترجح الاصل يرجع الى الحال والرجحان في الذات أحق من الحال وأما قول أبي يوسف جريان الربا بينهما دليل على بقاء المجانسة فقلنا بين الدقيق والحنطة شبهة من حيث ان عمل الطحن صورة في تفريق الاجزاء وباب الربا مبني على

جواز ضمان النقصان عند أبي يوسف هذا خلف وليست الواو في نسختنا موجودة وهو الاصوب (قوله وحقه في الصنعة قائم من كل وجه) أقول قال أكمل الدين أي حق الغاصب انتهى لكن الظاهر أن يقول والصنعة قائمة من كل وجه فتأمل ما وجه العدول (قوله كان الرجحان في الذات أحق منه في الحال) أقول قوله في الذات أي في الوجود وقوله في الحال أي البقاء والضمير في قوله منه راجع الى الرجحان قال المصنف (ولا نجعله سببا للملك) أقول أي لا نجعل الصفة بتأويل الفعل أو على اعتبار المفعول الثاني (قوله وتقريره أن لهذا الفعل جهتين جهة تفويت يد المالك عن المحل) أقول الاظهر أن يقال جهة كونه تصرفا في ملك غيره على سبيل العدوان والا فتفويت يد المالك حصل بالنقل فيكون تحصيلا للحاصل الا أن يقال يتأكد به ذلك التفويت وكان على شرف السقوط (قوله باق كما تقدم) أقول في أول الفصل وفي باب الربا أيضا (قوله بل يقال لحم ماروب) أقول الظاهر ماروب أو مؤرب

بخلاف الطبخ بعده لانه لم يبق ماء والمتعلق باللحم كما كان فلم يكن لصاحبها أن يأخذها (قوله وهذا الوجه) أي وجه الاستدلال ببقاء الاسم على عدم انقطاع حق المالك وبفوات الاسم على انقطاع حق الملك شامل لعامة فصول مسائل الغصب فانه اذا غصب دقيقا فخبزه أو غزلا فنسجه أو قطنا فغزله أو سمسما فعصره ينقطع حق

المالك لتبدل الاسم وأما اذا غصب ثوبا فصبغه بعصفر لم ينقطع وكان بالخيار على

وهذا الوجه يشمل الفصول المذكورة وتتفرع عليه غيرها فاحفظه وقوله ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها استحسان والقياس أن يكون له ذلك وهو قول الحسن وزفر وهكذا عن أبي حنيفة رحمه الله رواه الفقيه أبو الليث ووجهه ثبوت الملك المطلق للتصرف ألا ترى أنه لو وهبه أو باعه جاز وجه الاستحسان قوله عليه الصلاة والسلام في الشاة المذبوحة المصلية بغير رضا صاحبها أطعموها الاسارى أفاد الامر بالتصدق زوال الملك وحرمة الانتفاع للغاصب قبل الارضاء ولان في اباحة الانتفاع فتح باب الغصب فيحرم قبل الارضاء حسما لمادة الفساد ونفاذ بيعه وهبته مع الحرمة لقيام الملك كما في الملك الفاسد واذا أدى البدل يباح له لان حق المالك صار موفى بالبدل فحصلت مبادلة بالتراضي وكذا اذا أبرأه لسقوط حقه به

أجيب بانه كذلك الا أنه لما ذبحها فقد أبقى اسم الشاة فيها مع ترجيح جانب اللحمية فيها اذ معظم المقصود منها اللحم ثم السلخ والتاريب بعد ذلك لا يفوت ماهو المقصود بالذبح بل يحققه فلا يكون دليل تبدل العين كذا في العناية وغيرها (أقول) الجواب المذكور لا يدفع السؤال الوارد على المصنف فيما ذكره جوابا عما استشهد به الشافعي من مسئلة ذبح الشاة المغصوبة وسلخها وتاريبها فانه علل المخالفة بينها وبين ما نحن فيه ببقاء اسم الشاة فيها بعد الذبح والسلخ فورد عليه قطعا أن يقال الكلام في الشاة التي ذبحت ثم أربت ولا شك أن اسم الشاة لم يبق بعد التاريب فلم تتحقق المخالفة بينها وبين ما نحن فيه من حيث تبدل الاسم وعدم تبدله فلم يصلح ما ذكره المصنف جوابا عما استشهد به الشافعي نعم يمكن أن يجاب عما استشهد به الشافعي بما قررفي الجواب المذكور لكنه لا يدفع قصور ما أجاب به المصنف عنه ومدار السؤال المزبور على ذلك فلا يتم التقريب

الاحتياط فابقاء شبهة المجانسة من هذا الوجه جرى حكم الربا بخلاف القطع في الثوب والذبح في الشاة فان بالذبح لا يفوت اسم العين يقال شاة مذبوحة فان قيل بالسلخ والتاريب يزول اسم الشاة فكان ينبغي أن ينقطع حق المالك بعد التاريب قلنا بالذبح لا يفوت اسم العين يقال شاة مذبوحة وشاة حية وبالسلخ والتاريب لا يفوت ماهو المقصود بالذبح بل تحقق ذلك المقصود فلا يكون ذلك دليل تبديل العين فبقيت مملوكة لصاحبها (قوله وهذا الوجه يشمل الفصول المذكورة) أي وجه الاستدلال ببقاء الاسم على عدم انقطاع حق المالك وبفوات الاسم على انقطاع حق المالك شامل لعامة فصول مسائل الغصب فانه اذا غصب دقيقا فخبزه أو غزلا فنسجه أو قطنا فغزله أو سمسما فعصره ينقطع حق المالك (قوله ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها) فيه اشارة الى أنه لا يحل له الانتفاع بالقضاء وقد نص في المبسوط انه يحل بالقضاء لانه بمنزلة الاداء لحصول رضا المالك عنده لانه لا يقضي الا بطلبه (قوله أفاد الامر بالتصدق زوال ملك المالك) روي ان النبي عليه السلام كان في ضيافة رجل من الانصار فقدم اليه شاة مصلية فاخذ منها لقمة فجعل يلوكها ولا يسيغها فقال انها لتخبرني أنها ذبحت بغير حق فقال الانصاري كانت شاة أخي ولو كانت أعز منها لم ينفس على بها وسأرضيه بما هو خير منها اذا رجع فقال عليه السلام أطعموها الاسارى فامره بالتصدق بها بيان منه ان الغاصب ملكها لان مال الغير يحفظ عليه عينه اذا أمكنه وثمنه بعد البيع اذا تعذر عليه حفظ عينه وانه لا يباح التناول للغاصب قبل الارضاء فان قيل انما يتصدق عندكم بالربح لا بالاصل المضمون فيكون الحديث متروك الظاهر فلا يصح الاحتجاج فلنا روي عن محمد رحمه الله انه يتصدق بالاصل فبقي الباقي على ظاهره وهو حرمة الانتفاع كذا في الاسرار

ماسيجيء لان عين الثوب قائم لم يتبدل اسمه وقوله (لا يحل له) ظاهر وقوله (ووجهه) أي وجه القياس (أن ثبوت الملك مطلق للتصرف) يعني أن الملك قد ثبت للغاصب وانقطع عنه المالك بالدلائل المذكورة والملك مطلق للتصرف من غير توقف على رضا غيره (ألا ترى أنه لو وهبه أو باعه جاز وجه الاستحسان ما ذكر في الكتاب) وهو حديث رواه أبو حنيفة عن عاصم بن كليب الجرمي عن أبي بردة عن أبي موسى رضي الله عنهم أن النبي صلى الله عليه وسلم كان في ضيافة أنصاري فقدم اليه شاة مصلية أي مشوية فاخذ منها لقمة فجعل يلوكها ولا يسيغها فقال عليه الصلاة والسلام انها تخبرني أنها ذبحت بغير حق فقال الانصاري كانت شاة أخي ولو كانت أعز من هذا لم ينفس على بها وسأرضيه بما هو خير منها اذا رجع فقال عليه الصلاة والسلام أطعموها الاسارى قال محمد رحمه الله يعني المحبسين فامره بالتصدق مع كون المالك معلوما بيان أن الغاصب قد ملكها لان مال الغير يحفظ عليه عينه اذا أمكن وثمنه بعد البيع اذا تعذر عليه حفظ عينه ولما أمر بالتصدق بها دل على أنه ملكها وعلى حرمة الانتفاع للغاصب قبل الارضاء وهذا (قوله ولان في اباحة الانتفاع) دليل معقول وهو ظاهر وقوله (ونفاذ بيعه) جواب عن قوله ولهذا لو وهبه وتقريره أن نفاذ ذلك لقيام الملك وذلك لا يستلزم الاباحة كما في الملك الفاسد وقوله (واذا أدى البدل) راجع الى قوله حتى يؤدي بدلها وكلامه واضح

وكذا اذا أدى بالقضاء أوضمنه الحاكم أوضمنه المالك لوجود الرضا منه لانه لا يقضي الا بطلبه وعلى هذا الخلاف اذا غصب حنطة فزرعها أونواة فغرسها غير أنه عند أبي يوسف يباح الانتفاع فيهما قبل أداء الضمان لوجود الاستهلاك من كل وجه بخلاف ما تقدم لقيام العين فيه من وجه وفي الحنطة يزرعها لا يتصدق بالفضل عنده خلافا لهما وأصله ما تقدم

(قوله وكذا اذا أدى بالقضاء أوضمنه الحاكم أوضمنه المالك لوجود الرضا منه لانه لا يقضي الا بطلبه) في المعنى المراد من قوله أوضمنه الحاكم ومن قوله أوضمنه المالك نوع اشتباه وعن هذا اختلفت عبارات الشراح في تفسيرهما فقال صاحب الكفاية في شرح قوله أوضمنه الحاكم يحتمل أن يكون المغصوب منه من كان القاضي ولياله أوأن يكون المراد منه قضي بالضمان بدليل قوله لانه لا يقضي الا بطلبه اه واختار تاج الشريعة الاحتمال الاول حيث قال في بيان قوله أوضمنه الحاكم بان كان المغصوب مال اليتيم أوالغائب وكذا اختاره صاحب العناية حيث قال في تفسير ذلك يعني اذا كان مال اليتيم (أقول) يرد على الاحتمال الاول أن قول المصنف في التعليل لانه لا يقضي الا بطلبه غير مساعد لذلك لان من كان القاضي ولياله لا يلزم منه الطلب في قضاء القاضي له بحقه بل قد لا يتصور منه الطلب كما اذا كان اليتيم صغيرا جدا أوكما اذا كان الغائب بعيدا غير عالم بالقضية أصلا ويرد على الاحتمال الثاني أن قول المصنف قبل هذا وكذا اذا أدى بالقضاء يأبى ذلك اذ حينئذ يلزم التكرار ويمكن أن يجاب عن الاول بان طلب القاضي في حكم طلب من كان القاضي ولياله لكونه نائبا منابه فكان القضاء هنالك أيضا بطلب المغصوب منه حكما وعن الثاني بانه يجوز أن يكون المراد بالقضاء على تقدير أن يكون معنى قوله ضمنه الحاكم قضي بالضمان مجرد القضاء بالضمان بدون وقوع أداء البدل من الغاصب والمراد بقوله قبيل ذلك وكذا اذا أدى بالقضاء أداء البدل بالقضاء فافترقا ولا تكرار ثم قال صاحب الكفاية ومعنى قوله أوضمنه المالك أخذ الضمان أوتراضيا على مقدار من الضمان اه (أقول) يرد عليه أيضا أن قول المصنف فيما قبل واذا أدى البدل يباح يغني عن هذا المعنى لان أداء الغاصب البدل يستلزم أخذ المغصوب منه الضمان فيلزم أن يكون قوله أوضمنه المالك مستدركا ويمكن أن يجاب عنه بانه يجوز أن يكون المراد بتضمين المالك أخذه الضمان بغير رضا الغاصب وبغير القضاء دون مطلق أخذ الضمان والمراد بقوله فيما قبل واذا أدى البدل أداؤه برضاه دون مطلق الاداء والا يلزم استدراك قوله وكذا اذا أدى بالقضاء وأداؤه برضاه انما يستلزم أخذ الضمان برضاه دون أخذه بغير رضاه فلا استدراك بقي الكلام في قول صاحب الكفاية أوتراضيا على مقدار من الضمان فانه يقتضي الاستدراك اذ التراضي قد كان معتبرا في قول المصنف واذا أدى البدل يباح كما يدل عليه تعليله هنالك بقوله لان حق المالك صار موفى بالبدل فحصلت مبادلة بالتراضي ويمكن أن يجاب عنه أيضا بان المراد ههنا التراضي على مقدار من الضمان أي على بعض منه والمراد فيما تقدم التراضي على أداء كل الضمان فحصل التغاير من هذه الحيثية واندفع الاستدراك لكن لا يخفى على ذي فطرة سليمة أن حمل قول المصنف أوضمنه المالك على التراضي على مقدار من الضمان مما لا يساعده اللفظ جدا ولا يفهم منه ذلك المعنى من حيث العربية أصلا وقال تاج الشريعة في تفسير قوله أوضمنه المالك أي طلب المالك من الغاصب الضمان يحل الانتفاع قبل أداء الضمان اه واقتفى أثره الشارح العيني (أقول) فيه أيضا بعد من حيث اللفظ والمعنى كما لا يخفى

(قوله أوضمنه الحاكم) يحتمل أن يكون المغصوب منه من كان القاضي ولياله أوان يكون المراد منه قضي بدليل قوله لانه لا يقضي الا بطلبه ومعنى قوله أوضمنه المالك أخذ الضمان أوتراضيا على مقدار من الضمان (قوله وعلى هذا الخلاف اذا غصب حنطة فزرعها) أي يملكها الغاصب عندنا خلافا للشافعي رحمه الله (قوله غيرأن عند أبي يوسف رحمه الله يباح الانتفاع بها) أي في الحنطة التي زرعها والنواة التي غرسها بالغصب لوجود الاستهلاك من كل وجه اذ لم يبق عين تعلق حق المغصوب منه فيباح الانتفاع بخلاف

وقوله (أوضمنه الحاكم) يعني اذا كان مال اليتيم وقوله (بخلاف ما تقدم) اشارة الى قوله كمن غصب شاة وذبحها وشواها أوطبخها أوحنطة فطحنها أوحديدا فاتخذه سيفا وقوله (وأصله ما تقدم) اشارة الى ما ذكر قبل هذا الفصل من تعليل مسئلة ومن غصب عبدا فاستغله فنقصته الغلة فعليه النقصان

قال (وان غصب فضة أوذهبا) اذا غصب فضة أوذهبا فضربها دراهم أودنانير أوآنية لم يزل ملك مالكها عند أبي حنيفة رحمه الله فيأخذها ولا شئ للغاصب وقالا علكها الغاصب وعليه مثلها لانه أحدث صنعة معتبرة متقومة صير احداثها حق المالك هالكا من وجه ألا ترى أنه كسره وفات بعض المقاصد وكان قبل ذلك تبرا وهو لا يصلح رأس المال في المضاربات والشركات وبعدما ضرب به صلح لذلك وفي ذلك دليل على تغايرهما معنى واسما لانه قبل الضرب كان يسمى تبرا وفضة وذهبا وبعده دراهم ودنانير ومثل ذلك يقطع حق المالك كما تقدم ولابي حنيفة رحمه الله أن العين باقية من كل وجه ألا ترى أن الاسم باق والاحكام الاربعة المتعلقة بالذهب والفضة وهي الثمنية وكونه موزونا وجريان الربا ووجوب الزكاة كذلك واذا كان كذلك لم ينقطع حق المالك (قوله وصلاحيته لرأس المال) جواب عن قوله والتبر لا يصلح الخ وتقريره أن الصلاحية أمر زائد على مقتضى الطبيعة يحدث بالصنعة لا أنه هلاك العين بها من وجه وقوله (وكذا الصنعة) جواب عن قوله أحدث صنعة معتبرة متقومة ومعناه أنها غير متقومة في جميع الاحوال لانها لاقيمة لها عند المقابلة بجنسها وانما تتقوم عند المقابلة بخلاف الجنس كمن استهلك قلب فضة فعليه قيمته من الذهب مصوغا عندنا وذلك لانا لو أوجبنا عليه مثل قيمتها من جنسها أدى الى الربا ولو أوجبنا مثل وزنها كان فيه ابطال حق المغصوب منه عن الجودة والصنعة فلرعاة حق المالك والتحرز عن الربا قلنا يضمن قيمته من الذهب مصوغا وان وجده صاحبه مكسورا فرضي به لم يكن له فضل ما بين المكسور والصحيح لانعاد اليه عين ماله فبقيت الصنعة منفردة عن الاصل ولا قيمة لها في الاموال الربوية واذا كان كذلك كانت الصنعة متقومة من وجه دون وجه فلا يصلح لابطال حق ثابت من كل وجه

قال (وان غصب فضة أوذهبا فضربها دراهم أودنانير أوآنية لم يزل ملك مالكها عنها عند أبي حنيفة فيأخذها ولا شئ للغاصب وقالا علكها الغاصب وعليه مثلها) لانه أحدث صنعة معتبرة صير حق المالك هالكا من وجه ألا ترى أنه كسره وفات بعض المقاصد والتبر لا يصلح رأس المال في المضاربات والشركات والمضروب يصلح لذلك وله أن العين باق من كل وجه ألا ترى أن الاسم باق ومعناه الاصلي الثمنية وكونه موزونا وأنه باق حتى يجرى فيه الربا باعتباره وصلاحيته لرأس المال من احكام الصنعة دون العين وكذا الصنعة فيها غير متقومة مطلقا لانه لاقيمة لها عند المقابلة بجنسها قال (ومن غصب ساجة فبنى عليها زال ملك مالكها عنها ولزم الغاصب قيمتها) وقال الشافعي للمالك أخذها

فتامل (قوله ومن غصب ساجة فبنى عليها زال ملك مالكها عنها ولزم الغاصب قيمتها) ذكر في الذخيرة أن ذلك فيما اذا كانت قيمة البناء أكثر من قيمة الساجة وأما اذا كانت قيمة الساجة أكثر من البناء فلم يزل ملك مالكها اهـ قال صاحب العناية بعد نقل ما في الذخيرة وسيظهر لك وجه ذلك ان تأملت في قوله وجه آخر لنا فيه اهـ (أقول) لا يذهب على من له ذوق صحيح أنه لا يظهر وجه ذلك بالتامل في قوله وجه آخر لنا فيه لان حاصله أن ضرر الغاصب فيما ذهب اليه الشافعي ضرر من غير خلف وضرر المالك فيما ذهبنا اليه ضرر مجبور بالقيمة ولا ريب أن الضرر المجبور دون الضرر المحض فلا يرتكب الضرر الاعلى عند امكان العمل بالضرر الادنى ولا يخفى على ذي فطرة سليمة أنه لا فرق في هذا المعنى بين أن يكون قيمة البناء أكثر من قيمة الساجة وبين العكس اذ لا شك أن الضرر المحض أشد وأثقل من الضرر المجبور وعلى كل حال فلا بد أن يتحمل الثاني لدفع الاول على كل حال عملا باختيار أهون الشرين كما هو القاعدة المقررة وانما كان يظهر

غيرهما لقيام العين فيه من وجه (قوله ألا ترى أنه كسره وفات بعض المقاصد) بيان لقوله صير حق المالك هالكا من وجه (قوله والتبر لا يصلح رأس المال في المضاربة) بيان لفوات بعض المقاصد وهو انه كان قبل الكسر والصنعة سلعة يتعين بالتعيين وقد فات هذا المعنى (قوله ألا ترى ان الاسم) أي اسم الذهب والفضة باق (قوله جرى فيه الربا باعتبار كونه موزونا) وبه فارق الحديد والصفر فان الصنعة هناك تخرجه من الوزن وان يكون مال الربا حتى لو باع قمقمة بقمقمتين يدا بيد يجوز (قوله وصلاحيته لرأس المال من أحكام الصنعة) أي صلاحيته بعد الضرب لرأس مال الشركة والمضاربة من حكم الصنعة لا من حكم العين ولهذا نقول ما لا يتفاوت من الفلوس الرائجة في هذا الحكم كالدراهم والدنانير فلا تتبدل العين بالصنعة (قوله وكذا الصنعة فيها غير متقومة مطلقا) أي ليست متقومة في كل الاحوال بل في بعضها اذا كسر اناء فضة أوذهب يضمن قيمته من خلاف جنسه وان وجده صاحبه مكسورا ورضي به لم يكن له فضل ما بين المكسور والصحيح (قوله ساجة) بالجيم وهي الخشبة العظيمة جدا والخشبة المنحوتة المهيأة للاساس ونحوه كذا في المغرب

(ومن غصب ساجة) بالجيم وهي الخشبة العظيمة لان الساحة بالحاء ستأتي بعد هذا (فبنى عليها زال ملك مالكها عنها ولزم الغاصب قيمتها) وذكر في الذخيرة أن ذلك فيما اذا كانت قيمة البناء أكثر من قيمة الساجة وأما اذا كانت قيمة الساجة أكثر من قيمة البناء فلم يزل ملك مالكها عنها وسيظهر لك وجه ذلك ان تاملت في قوله وجه آخر لنا فيه (وقال الشافعي رحمه الله للمالك أخذها والوجه

قال المصنف (ومن غصب ساجة) أقول هو أول مسئلة خالف فيها الشافعي أصحابنا رحمهم الله كذا في يواقيت العلوم للامام الرازي (قوله في قوله وجه آخر لنا فيه) أقول يعني في الجواب الذي ذكر فيه عن السؤال

والوجه من الجانبين قدمناه ووجه آخر لنا فيه أن فيما ذهب إليه اضرارا بالغاصب بنقض بنائه الحاصل من غير خلف وضرر المالك فيما ذهبنا إليه مجبور بالقيمة فصار كما اذا خاط بالخيط المغصوب بطن جاريته أو عبده أو أدخل اللوح المغصوب في سفينته ثم قال الكرخي والفقيه أبو جعفر انما لا ينقض اذا بنى في حوالي الساحة أما اذا بنى على نفس الساحة ينقض لانه متعد فيه

وجه ذلك لو كان كلا الضررين مجبورين بالقيمة فانما هو أقل قيمة حينئذ يكون أخف وأيسر تحملا وليس فليس * ثم أقول لعل وجه ذلك يظهر بالتامل في قوله والوجه من الجانبين قدمناه فان ماقدمه من جانبنا هو قوله ولنا أنه أحدث صنعة متقومة صير حق المالك هالكا ولا شك أن قيمة البناء اذا كانت أكثر من قيمة الساحة كان البناء غالبا على الساحة فيصح اذ ذاك أن يقال ان الغاصب أحدث صنعة متقومة صير احداثها حق المالك هالكا من وجه لظهور صحة تصيير الغالب المغلوب هالكا من وجه وأما اذا كانت قيمة الساحة أكثر من قيمة البناء فانما تكون الساحة غالبة على البناء فليشكل هناك أن يقال انه أحدث صنعة متقومة صير حق المالك هالكا من وجه اذ تصيير المغلوب الغالب هالكا غير ظاهر تامل تفهم (قوله ووجه آخر لنا فيه أن فيما ذهب إليه اضرارا بالغاصب بنقض بنائه الحاصل من غير خلف وضرر المالك فيما ذهبنا إليه مجبور بالقيمة) بيانه أن فيما قاله الشافعي رضي الله تعالى عنه اضرارا بالغاصب لان فيه ابطال حقه وفيما قلنا اضرار بالمالك ولكن ضرر المالك مجبور بالعوض وهو القيمة فكان فوات حقه كلا فوات وضرر الغاصب ليس بمجبور بشئ فيفوت حقه لا الى خلف فكان قطع حق المالك أولى من قطع حق الغاصب كذا في غاية البيان (أقول) لقائل أن يقول يشكل هذا الوجه من التعليل بما اذا غصب ساحة بالحاء المهملة فبنى عليها فانه لا يزول ملك المالك عنها كما سيأتي في الكتاب مع جريان الوجه المذكور بعينه هناك أيضا كما لا يخفى نعم يوجد هناك وجه آخر فارق بينهما لكن الكلام في انتقاض هذا الوجه المذكور في مسئلتنا هذه بتلك المسئلة الآتية فتأمل (قوله كما اذا خاط بالخيط المغصوب بطن جاريته أو عبده أو أدخل اللوح المغصوب في سفينته) قال في العناية فان قيل عدم جواز نزع الخيط واللوح عنده من حيث ان فيه تلف الناس لا لان المالك ملك ذلك بما صنع فلا يصلح للاستشهاد لاختلاف المناط قلنا ثبت في كل واحدة منهما حق المالك وغيره وجعل حق غيره أولى لان بابطاله زيادة ضرر بالنسبة الى ضرر المالك فكانتا متساويتين اه ورد عليه بعض الفضلاء بان قال كيف يقاس ذلك ولو كان البناء والساحة كلاهما لشخص واحد يباح له نقض بنائه واخراج الساحة من تحته بخلاف اللوح والسفينة والخيط والجارية فانها لو كانت لمالك واحد لا يباح له نزع الخيط واللوح فليتأمل اه (أقول) ليس ذلك بشئ اذ لا يجب في صحة القياس اشتراك المقيس والمقيس عليه في جميع الاحوال بل يكفي اشتراكهما في العلة التي هي مناط الحكم وههنا كذلك فان العلة في المقيس عليه لحوق زيادة ضرر بغير المالك على تقدير ابطال حقه وهو متحقق في المقيس أيضا بلا ريب على أنه لو كان البناء والساحة كلاهما لشخص واحد صار بمعزل عما نحن فيه اذ لا

(قوله والوجه من الجانبين قدمناه) أي في أول هذا الفصل في قوله واذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب (قوله ووجه آخر لنا فيه) أي ودليل آخر في تعليل هذه المسئلة ان فيما ذهب إليه اضرار الغاصب يعني لا بد في هذا من الحاق الضرر باحدهما أما في حق الغاصب بنقض بنائه وأما في حق المالك بانقطاع حقه عن الساحة وضرر المالك مجبور بالقيمة وفيه ضرر نقل المالية من العين الى القيمة بدون اختياره الا أن في الاضرار بالغصب اهدار حقه وفي قطع حق المغصوب منه بضمان القيمة توفر المالية ونقل حقه لا اهدار حقه ودفع الضرر واجب بحسب الامكان فضرر النقل دون ضرر الابطال (قوله اذا بنى في حوالي الساحة)

والوجه من الجانبين قدمناه) يعني في أول هذا الفصل بقوله واذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب الخ (ووجه آخر لنا فيه) أي في تعليل هذه المسئلة (أن فيما ذهب إليه) الشافعي (اضرارا بالغاصب بنقض بنائه الحاصل من غير خلف وضرر المالك فيما ذهبنا إليه مجبور بالقيمة فصار كما اذا خاط بالخيط المغصوب بطن جاريته أو أدخل اللوح المغصوب في سفينته) والسفينة مع من عليها في لجة البحر ليس للمالك أن ينزع لوحه منها وانما قيدنا بذلك لانها اذا كانت واقفة كان له أن ينزع عنده فلا يصلح للاستشهاد فان قيل عدم جواز نزع الخيط واللوح عنده من حيث ان فيه تلف الناس لا لان المالك ملك ذلك بما صنع فلا يصلح للاستشهاد لاختلاف المناط قلنا ثبت في كل واحدة منهما حق المالك وغيره وجعل حق غيره أولى لان بابطاله زيادة ضرر بالنسبة الى ضرر المالك فكانتا متساويتين (ثم قال الكرخي والفقيه أبو جعفر رحمهما الله انما لا ينقض اذا بنى في حوالي الساحة لانه غير متعد في البناء وأما اذا بنى على الساحة ينقض لانه متعد فيه)

(قوله قلنا ثبت في كل واحدة منهما حق المالك وغيره) أقول أي من العلتين أعني التلف وتملك الغصب (قوله وجعل حق غيره أولى الخ) أقول كيف يقاس ذلك ولو كان البناء والساحة كلاهما الشخص واحد يباح له نقض بنائه واخراج الساحة من تحته بخلاف اللوح والسفينة والخيط والجارية فانها لو كانت لمالك واحد لا يباح له نزع الخيط واللوح فليتأمل

قال المصنف رحمه الله (وجواب الكتاب) يعني قوله فبني عليها (يرد ذلك وهو الاصح) قيل لانه تغير عما كان عليه لان الساحة قبل البناء عليها تصلح للاحراق تحت القدور ولابواب الدور وغير ذلك وبعده لاتصلح لشئ من ذلك الا بالنقض والتغيير يوجب انقطاع حق المالك قال (ومن ذبح شاة غيره) ومن ذبح شاة غيره بغير أمره فمالكها بالخيار ان شاء ضمنه قيمتها وسلمها اليه وان شاء ضمنه نقصانها وكذلك الجزور وهو ما أعد للذبح من الجزر وهو القطع وانما خصه لدفع ما عسى أن يتوهم أن غاصبه يجب أن يستحق أجر المثل لجزارته على المالك لانه حقق مقصوده فيه فكان ذلك زيادة فيه لانقصانا حيث أعد للجزر غير مطلوب منه الدر والنسل وذلك لان نفس ازالة الحياة عن الحيوان نقصان فكان للمالك الخيار لاحتمال أن يكون له فيه مقصود سواهما من زيادة الاسمان والتأخير الى وقت آخر لصلحة له في ذلك وكذلك اذا قطع يدهما أي يد الشاة والجزور وهذا هو ظاهر الرواية بخلاف ما روى الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنهما أنه لايضمنه شيأ يعني في ذبح الشاة لان الذبح والسلخ في الشاة زيادة على ما مر ووجه الظاهر ما ذكره أنه اتلاف من وجه باعتبار فوات بعض الاغراض من الحمل والدر والنسل وبقاء بعضها وهو اللحم فصار كالخرق الفاحش في الثوب على ما سيجيء ولكنه لايعم الجزور بظاهره ولكنه يعمه من قوله فوت بعض الاغراض اذ لم يجعل البيان منحصرا فيما ذكر بقوله من الحمل والدر والنسل

وجواب الكتاب يرد ذلك وهو الاصح قال (ومن ذبح شاة غيره فمالكها بالخيار ان شاء ضمنه قيمتها وسلمها اليه وان شاء ضمنه نقصانها وكذا الجزور وكذا اذا قطع يدهما) هذا هو ظاهر الرواية ووجهه أنه اتلاف من وجه باعتبار فوت بعض الاغراض من الحمل والدر والنسل وبقاء بعضها وهو اللحم فصار كالخرق الفاحش في الثوب

يتحقق الغصب هنالك ولا يكون صاحب البناء متصرفا في ملك الغير حينئذ فلا يكون داخلا فيما وقع مقيسا ههنا ولا تتحقق فيه العلة المعتبرة في المقيس عليه وهي لحوق زيادة ضرر بغير المالك على تقدير ابطال حقه فلم يكن له تعلق بما نحن فيه ولا بالقياس المذكور فيه أصلا (قوله وجواب الكتاب يرد ذلك) قال صاحب غاية البيان ولنا في قول وجواب الكتاب يرد ذلك أي جواب مختصر القدوري يرد ما قاله الكرخي نظر لان القدوري يروي عن أبي عبد الله الجرجاني عن أبي بكر الرازي عن أبي الحسن الكرخي فكيف يرد بمجرد جواب القدوري قول الكرخي وسنده واينما له نعم يجوز رجحان قول المتأخر على المتقدم باقامة الدليل أما بمجرد الرواية فلا اه كلامه (أقول) نظره ساقط لانه ان أراد أن استناد رواية القدوري في جميع مسائل مختصره أو في المسئلة التي نحن بصددها الى الكرخي فهو ممنوع كيف وقد صرح هذا الشارح نفسه بان القدوري قال في شرحه لمختصر الكرخي وكان أبو الحسن الكرخي يقول المسئلة موضوعة على أنه بنى على حوالي الساحة لانه غير متعد في البناء على ملكه فلا ينقض وأما اذا بنى على نفس الساحة ينقض بناؤه لانه تعدى فيه وكان الهندواني يختار هذا القول وقد ذكر في كتاب الصرف فيمن غصب درهما فجعله عروة مزادة سقط حق مالكه والفضة لا يسقط حق مالكها فيها بالصياغة وانما أسقطه بكونها تابعة للمزادة وهذا لا يكون الا بعمل يوقعه فيها على وجه التعدي فدل على أن المسئلة على اطلاقها وأنه لاحق للمالك في الساحة في الوجهين وقال الى هنا لفظ القدوري ولا يذهب عليك أن ما نقله عن القدوري صريح في أن القدوري لا يقبل رواية الكرخي في هذه المسئلة على التقييد بان بنى على حوالي الساحة ويستدل على اطلاقها بمسئلة كتاب الصرف كما ترى فتعين أن رواية القدوري هذه المسئلة بان قال فبنى عليها لا يستند الى الكرخي بل هو في هذه الرواية مخالف له ومتمسك بمسئلة كتاب الصرف وان أراد أن استناد رواية القدوري في أكثر المسائل الى الكرخي بالطريق المزبور فهو مسلم لكن لا يجدي ذلك ههنا شيأ فان الكلام في مسئلة الساحة وهو في روايتها يخالف الكرخي كما عرفت (قوله ومن ذبح شاة غيره فمالكها بالخيار ان شاء ضمنه قيمتها وسلمها اليه وان شاء ضمنه نقصانها وكذا الجزور) وهو ما أعد للذبح من الابل من

بان أدخل الساجة في وسط الجدار للاحكام لا للبناء عليه كما في الابواب والابنية المرتفعة (قوله وجواب الكتاب يرد ذلك) حيث قال لا ينقض البناء مطلقا من غير تفصيل ولانه ذكر في الكتاب وبنى عليها وذكر شمس الائمة بعد تقرير ما قال الكرخي وأبو جعفر ولكن هذا ضعيف فقد ذكر محمد في كتاب الصرف انه لو غصب نقرة واتخذ منها عروة مزادة انقطع حق المالك عنها وهو في هذا العمل هنا متعد لان عمله في ملك الغير فدل انه لافرق بين ان يكون عمله في ملك الغير أو في ملك نفسه (قوله وهو الاصح) لانه تغير عما كان عليه لان الساجة قبل التركيب تصلح لطبخ القدور وأبواب الدور وبعد التركيب لا تصلح لشئ منها الا بعد النقض وقيام الشئ بمنافعها يكون فلما فاتت منافعها من وجه صارت هالكة من وجه ولانها كانت نقلية والآن صارت من العقار ولهذا صارت تستحق بالشفعة فيكون هالكا من وجه فثبت أنه تغير عما كان

ولو

(قوله وجواب الكتاب الى قوله قيل لانه تغير الخ) أقول قيل يرد عليه أن هذه الصلاحية باقية في الساحة بحالها غايته أن البناء عليها مانع عن ذلك كالبناء على الساحة فانها تصلح للزراعة بحالها والبناء مانع كما نص عليه فليتأمل (قوله وانما خصه لدفع ما عسى أن يتوهم أن غاصبه الخ) أقول لامجال لهذا التوهم أصلا لان فعله لو لم يكن غصبا فهو تبرع لا يستحق به الاجر فالاولى على قضية استحقاق أجر المثل من البين ويقول بدله انذا ...

ولو كانت الدابة غير ما كول اللحم فقطع الغاصب طرفها فللمالك أن يضمنه جميع قيمتها لوجود الاستهلاك من كل وجه قيل ليس لتقييده بغير ما كول اللحم فائدة فان حكم ما كوله أيضا كذلك لانه عطف قوله وكذا اذا قطع يدهما على قوله ان شاء ضمنه قيمتها وسلمها اليه وان شاء ضمنه نقصانها فدل على أن ما في الحكم سواء ومن الشارحين من قال هذا انما هو على اختيار صاحب الهداية والظاهر وجوب تضمين القيمة بلا خيار فيهما يعنى فى ما كول اللحم وغير ما كوله اذا قطع طرفه فكان فائدة ذكره رد ذلك الظاهر وفيه نظر من وجهين أحدهما أنه لو كان كذلك لكفى أن يقول وكذلك اذا كانت غير ما كول اللحم والثانى أن التعليل يدل على مغايرة الحكم بين قطع طرف ما كول اللحم وغير ما كوله حيث قال فى الاول انه اتلاف من وجه وفى الثانى لوجود الاستهلاك من كل وجه والظاهر من كلامه نفى اختيار المالك بين تضمين قيمتها وبين امساك الجثة وتضمين نقصانها ويكون ذلك اختيارا منه وان كان نقل الكتب على خلافه فانه ذكر فى الذخيرة والمغنى فقال وفى المنتقى هشام عن محمد رحمه الله رجل قطع يد حمار أو رجله وكان لما بقى قيمة فله أن يمسك ويأخذ النقصان (قوله بخلاف قطع طرف العبد المملوك) متعلق بقوله للمالك أن يضمنه جميع القيمة وحاصل الفرق بين الآدمى وغيره أن الآدمى بقطع طرف منه لا يصير مستهلكا من كل وجه بخلاف الدابة فانها بعد ذلك لا ينتفع بها بما هو المقصود بها من الحمل والركوب وغير ذلك قال (ومن خرق ثوب غيره) اختلف الناس فى الحد الفاصل بين الخرق اليسير والفاحش فقال بعضهم ما أوجب نقصان ربع القيمة فهو فاحش وما أوجب دونه فهو يسير وقال بعضهم ما أوجب نقصان نصف القيمة فهو فاحش وما أوجب دونه فهو يسير وأشار فى القدورى الى أن الفاحش ما يبطل به عامة المنافع قيل معناه أن لا يبقى للباقى منفعة الثياب بان لا يصلح لثوب ما

ولو كانت الدابة غير ما كول اللحم فقطع الغاصب طرفها للمالك أن يضمنه جميع قيمتها لوجود الاستهلاك من كل وجه بخلاف قطع طرف العبد المملوك حيث يأخذه مع أرش المقطوع لان الآدمى يبقى منتفعا به بعد قطع الطرف قال (ومن خرق ثوب غيره خرقا يسيرا ضمن نقصانه والثوب لمالكه) لان العين قائم من كل وجه وانما

الجزر وهو القطع يقع على الذكر والانثى وهى تؤنث كذا قالوا وانما ذكر الجزور بعدما ذكر الحكم فى الشاة من الخيار بين تضمين القيمة وتضمين النقصان لدفع شبهة ترد على اختيار تضمين النقصان بان يقال النقصان بالذبح فى الشاة انما كان بسبب تفويت صلاحيتها للدر والنسل والجزور وهى التى أعدت للذبح فلم يكن الدر والنسل مطلوبين منها فينبغى أن لا يضمن الغاصب النقصان بل استحق أجر المثل من جزارته على المالك لانه حقق مقصوده فيها فكان زيادة لا نقصانا كما اذا غصب ثوبا فصبغه أحمر حيث يضمن المالك للغاصب ما زاد الصبغ اذا اختار أخذ الثوب لكون صبغ الحمرة زيادة فدفع تلك الشبهة بقوله وكذا الجزور وذلك لان نفس ازالة الحياة عن الحيوان نقصان فكان للمالك الخيار لانه يحتمل أن يكون للمالك مقصود فيها سوى الدر والنسل من الاسمان وتبقيتها الى زمان يحصل مقاصده منها كذا فى النهاية ومعراج الدراية وأفاد صاحب العناية خلاصة هذا المعنى بعبارة أخرى حيث قال وانما خصه لدفع ما عسى أن يتوهم أن غاصبه يجب أن يستحق أجر المثل لجزارته على المالك لانه حقق مقصوده فيه فكان ذلك زيادة فيه لا نقصانا حيث أعد للجزر غير مطلوب منه الدر والنسل وذلك لان نفس ازالة الحياة عن الحيوان نقصان فكان للمالك الخيار لاحتمال أن يكون له فيه مقصود سواهما من زيادة الاسمان والتأخير الى وقت آخر لمصلحة له فى ذلك اه كلامه ورد عليه بعض الفضلاء قوله وانما خصه لدفع ما عسى أن يتوهم أن غاصبه يجب أن يستحق أجر المثل حيث قال لا مجال لهذا التوهم أصلا لان فعله لو لم يكن غصبا فهو تبرع لا يستحق به الاجر وقال فالاولى طى قضية استحقاق أجر المثل من البين ويقول بدله ان ذابحه يجب أن لا يكون غاصبا اه (أقول) ان قوله لا مجال لهذا التوهم أصلا تحكم وقوله لان فعله لو لم يكن غصبا فهو تبرع لا يستحق به الاجر غير مسلم فانه اذا لم يكن متبرعا لما زاده الصبغ فيما اذا أخذ ثوب غيره فصبغه أحمر بل ضمنه للمالك اذا اختار أخذ الثوب كما سيأتى فلم لا يجوز أن لا يكون متبرعا لما زاده الذبح فيما اذا ذبح جزور غيره بل استحق أجر المثل بناء على أنه حقق مقصود المالك وهذا القدر من القياس ان لم يكن مناطا للاجتهاد فلا أقل من أن يكون منشأ التوهم فلا بد من دفع ذلك التوهم فأشار المصنف الى دفعه بقوله وكذا الجزور وهذا هو مراد الشراح ههنا ولا غبار عليه (قوله ولو كانت الدابة غير ما كول اللحم فقطع الغاصب طرفها للمالك أن يضمنه جميع قيمتها لوجود الاستهلاك من كل وجه)

عليه والتغير يوجب انقطاع حق المالك (قوله وكذا الجزور) وكذا اذا قطع يدهما هذا هو ظاهر الرواية واحترز به عما روى الحسن عن أبى حنيفة رحمه الله أنه لا يضمنه شيئا فى ذبح الشاة اذا أخذها لان الذبح والسلخ فى الشاة زيادة من حيث التقريب الى الانتفاع باللحم وما ذكره فى ظاهر الرواية أصح لانه نقصان باعتبار تفويت بعض الاغراض (قوله ولو كانت الدابة غير ما كول اللحم فقطع الغاصب طرفها المالك أن

يجب أن لا يكون غاصبا (قوله قيل ليس لتقييده بغير ما كول اللحم فائدة) أقول القائل هو صاحب النهاية (قوله ومن الشارحين من قال هذا الخ) أقول ان كان المراد ببعض الشارحين العلامة الاتقانى فلا يرد على كلامه ما ذكره من وجهى النظر وان شئت فراجعه

قال المصنف رحمه الله (والصحيح أن الفاحش ما يفوت به بعض العين) قيل يعني من حيث الظاهر والغالب اذ الظاهر أن الثوب اذا قطع يفوت شئ من أجزائه (وجنس المنفعة) (٢٦٨) يعني أن لا يبقى جميع منافعه بل يفوت بعضه و يبقى بعضهم (واليسير مالا يفوت به شئ من المنفعة وانما يدخل فيه النقصان)

يعني من حيث المالية بسبب فوات الجودة وانما كان ذلك صحيحا دون غيره لان محمدا رحمه الله جعل في الاصل قطع الثوب نقصانا فاحشا فقال واذا غصب ثوبا فقطعه قميصا ولم يخطه فله أن يأخذ ثوبه وضمنه ما نقصه القطع وان شاء ترك الثوب عليه وضمنه قيمة الثوب ولا شك أن الفائت به بعض المنافع لانه بعد ما قطع قميصا يصلح للقميص وان كان لا يصلح للقباء وأمثاله والساقط من القيمة أقل من الربع ومع هذا اعتبره محمد رحمه الله فاحشا واذا عرف هذا فمن خرق ثوب غيره خرقا يسيرا ضمن نقصانه والثوب لمالكه لان العين قائم من كل وجه وانما دخله عيب فيضمنه وان خرقه خرقا كبيرا فللمالك أن يضمنه جميع قيمته و يترك الثوب عليه لانه استهلاك من هذا الوجه فانه قبل القطع كان صالحا لاتخاذ القباء والقميص و بعده لم يبق ذلك فكان مستهلكا من وجه فان شاء أخذ الثوب وضمنه النقصان لانه تعييب من وجه من حيث ان العين باق وكذا بعض المنافع قائم فيميل الى جهة الاستهلاك وضمنه جميع القيمة أو الى جانب البقاء وأخذ العين وضمنه نقصان القطع ووضع المسئلة بلفظ الثوب اشارة الى أن الحكم عام في الذي يلبس كالقميص وغيره وفيما لم يلبس كالكرباس

والغائت

دخله عيب فيضمنه (وان خرق خرقا كبيرا يبطل عامة منافعه فلمالكه أن يضمنه جميع قيمته) لانه استهلاك من هذا الوجه فكأنه أحرقه قال رضي الله عنه معناه يترك الثوب عليه وان شاء أخذ الثوب وضمنه النقصان لانه تعييب من وجه من حيث ان العين باق وكذا بعض المنافع قائم ثم اشارة الكتاب الى أن الفاحش ما يبطل به عامة المنافع والصحيح أن الفاحش ما يفوت به بعض العين وجنس المنفعة و يبقى بعض العين و بعض المنفعة واليسير مالا يفوت به شئ من المنفعة وانما يدخل فيه النقصان لان محمدا جعل في الاصل قطع الثوب نقصانا فاحشا

قال صاحب العناية قيل ليس لتقييده بغير ما كول اللحم فائدة فان حكم ما كوله أيضا كذلك لانه عطف قوله وكذا اذا قطع يدهما على قوله ان شاء ضمنه قيمتها وسلمها اليه وان شاء ضمنه نقصانها فدل على أن ما في الحكم سواء ومن الشارحين من قال هذا انما هو على اختيار صاحب الهداية والظاهر وجوب تضمين القيمة بلا خيار فيهما يعني في ما كول اللحم وغير ما كوله اذا قطع طرفه فكان فائدة ذكره رد ذلك الظاهر وفيه نظر من وجهين أحدهما أنه لو كان كذلك لكفى أن يقول وكذلك اذا كانت غير ما كول اللحم والثاني أن التعليل يدل على مغايرة الحكم بين قطع طرف ما كول اللحم وغير ما كوله حيث قال في الاول انه اتلاف من وجه وفي الثاني لوجود الاستهلاك من كل وجه الى هنا لفظ العناية اه (أقول) القائل بعدم فائدة التقييد بغير ما كول اللحم انما هو صاحب النهاية وصاحب معراج الدراية وأما المراد بمن قال في قوله ومن الشارحين من قال فالظاهر أنه هو صاحب غاية البيان اذ لم يقل أحد من الشارحين بما يشبه القول المذكور سوى صاحب الغاية الا أن ما نقله صاحب العناية ليس عين عبارة صاحب الغاية أيضا فان عين عبارته هكذا هذا الفرق بين ما كول اللحم وغير ما كول اللحم في قطع الطرف على ما ذهب اليه صاحب الهداية والظاهر وجوب تضمين جميع القيمة فيهما بلا خيار وقد مر من قبل هذا اه ولا يخفى على ذي مسكة أنه لا يرد على هاتيك العبارة شئ من وجهي نظر صاحب العناية لان مدار ورودهما على حمل مراد المصنف على تسوية ما كول اللحم وغير ما كوله في الحكم وعبارة صاحب الغاية تنادي على حمل مراده على الفرق بينهما حيث قال هذا الفرق بين

يضمنه جميع) قيمتها أي الواجب ههنا جميع القيمة اذا لم يكن للدابة منفعة بعد قطع طرفها لوجود الاستهلاك من كل وجه أما اذا كان لما بقي قيمة فله أن يمسك و يأخذ النقصان وفي المنتقى روى هشام عن محمد رحمهما الله رجل قطع يد حمار أو رجله وكان لما بقي قيمة فله أن يمسك و يأخذ النقصان ثم قال فان ذبح حمار انسان ذبحا فقال صاحبه اني أضمنه النقصان ولا أسلم الجلد اليه فان كان الجلد والحمار ثمن فله ذلك وان قتله فليس له ذلك قال هشام لان ذبحه بمنزلة الدباغ (قوله والصحيح أن الفاحش ما يفوت به بعض العين و جنس المنفعة) اختلف المتأخرون في الحد الفاصل بين الخرق اليسير والفاحش قال بعضهم ان أوجب نقصان ربع القيمة فصاعدا فهو فاحش وان كان دون ذلك فهو يسير وقال بعضهم ان أوجب نقصان نصف القيمة فهو فاحش وما دونه يسير وقال بعضهم الفاحش مالا يصلح بعده لثوب ما واليسير ما يصلح بعده لثوب ما وذكر في الاوضح أن الخرق الفاحش في المخيط أن يستنكف أوساط الناس من لبسه مع ذلك الخرق واليسير ضده وفي غير المخيط وغير المقطوع أن لا يمكن أن يخاط منه ما يشترى لاجله الا بدرز مستبين في غير موضع الدرز واليسير ضده وذكر في الخصائل ان كان لا يخل لمنفعة اللبس فهو يسير وان كان يخل لمنفعة اللبس لكن يمكن اصلاحه بالخياطة لمنفعة اللبس يكون فاحشا والصحيح أن الفاحش ما يفوت به بعض العين وجنس المنفعة بان كان يصلح للقباء قبله و بعده لا يصلح له و يصلح للقميص مثلا وانما يفوت به بعض العين من حيث الظاهر والغالب اذ الظاهر أن الثوب اذا قطع يفوت من أجزائه شئ لا محالة و يبقى بعض العين و بعض المنفعة واليسير مالا

والفائت به بعض المنافع قال (ومن غصب أرضا فغرس فيها أو بنى قيل له اقلع البناء والغرس وردها) لقوله عليه الصلاة والسلام ليس لعرق ظالم حق ولان ملك

مأكول اللحم وغير مأكول اللحم فى قطع الطرف على ماذهب اليه صاحب الهداية تبصر ثم قال صاحب العناية والظاهر من كلام المصنف نفى خيار المالك بين تضمين قيمتها وبين امساك الجثة وتضمين نقصانها ويكون ذلك اختيارا منه وان كان نقل الكتب على خلافه فانه ذكر فى الذخيرة والمغنى فقال وفى المنتقى هشام عن محمد رجل قطع يد حمار أو رجله وكان لما بقى قيمة فله أن يمسك ويأخذ النقصان اهـ كلامه (أقول) لمانع أن يمنع مخالفة ما اختاره المصنف لنقل الكتب المذكورة لان مارواه هشام عن محمد رحمه الله من جواز اختيار الامساك وأخذ النقصان فيما اذا قطع طرفا من غير مأكول اللحم مقيد بان كان لما بقى قيمة كما ترى ويجوز أن يكون ما اختاره المصنف وجوب تضمين جميع القيمة فيما اذا لم يكن لما بعد قطع الطرف قيمة بدلالة قوله لوجود الاستهلاك من كل وجه على ذلك لانه لا يوجد الاستهلاك من كل وجه فيما اذا كان لما بقى بعد قطع الطرف قيمة بل يبقى فيه منفعة القيمة فيصيرها لكا من وجه دون وجه وكأن صاحب الكفاية تنبه لذلك حيث قال فى شرح قول المصنف ولو كانت الدابة غير مأكول اللحم فقطع الغاصب طرفها فللمالك أن يضمنه جميع قيمتها أى الواجب هنا جميع القيمة اذا لم يكن للدابة منفعة بعد قطع طرفها لوجود الاستهلاك من كل وجه أما اذا كان لما بقى قيمة فله أن يمسك ويأخذ النقصان ونقل مافى المنتقى من رواية هشام عن محمد رحمه الله (قوله لقول النبى صلى الله عليه وسلم ليس لعرق ظالم حق) صححه فى المغرب بتنوين عرق حيث قال أى لذى عرق ظالم وهو الذى يغرس فى الارض غرسا على وجه الاغتصاب ليستوجبها وصف العرق بالظلم الذى هو صفة صاحبه مجازا وقد روى بالاضافة ليس لعرق غاصب ثبوت بل يؤمر بقلعه كذا فى العناية وغيرها (أقول) فيما ذكر فى المغرب شئ وهو أنه قدر المضاف أولا حيث قال أى لذى عرق ظالم وجعل وصف العرق بالظلم تجوزا ثانيا وبينهما تنافر لانه اذا قدر المضاف يصير ظالم صفة له لا للعرق كما قالوا فى قول النبى صلى الله عليه وسلم من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه أن قوله محرم صفة ذا وجره للجوار فيتم معنى الكلام على حقيقته فلا يكون للمصير الى التجوز وجه وعن هذا ذكر الزمخشرى فى الفائق ماذكره المطرزى فى المغرب خلا القول بوصف العرق بالظلم على سبيل التجوز اللهم الا أن يكون مراد صاحب المغرب بقوله أى لذى عرق ظالم مجرد تصوير المعنى لا أن هناك مضافا محذوفا مقدرا وقال بعض الفضلاء ولا مجال لكون ظالم نعتا للذى لانه معرفة اهـ (أقول) هذا الكلام من مثل ذلك أمر عجيب فان ذا الذى بمعنى صاحب لا يكون الا مضافا ويكون نكرة ان أضيف الى نكرة ومعرفة ان أضيف الى معرفة وعن هذا قال الجوهرى فى صحاحه وأما ذو الذى بمعنى صاحب فلا يكون الا مضافا فان وصفت به نكرة أضفته الى نكرة وان وصفت به معرفة أضفته الى الالف واللام ولا يجوز أن تضيفه الى مضمر ولا الى زيد وما أشبهه اهـ ولاريب أن المضاف اليه الذى فيما نحن فيه وهو عرق نكرة فيكون المضاف أيضا نكرة فلا معنى لقوله ولا مجال لكون ظالم نعتا للذى لانه معرفة وكأن وهمه ذهب الى ذى التى هى مؤنث ذا من أسماء الاشارة التى هى من أنواع المعارف ونعم ماقالوا لكل جواد كبوة ولكل صارم نبوة (قوله ولان ملك

يفوت به شئ من المنفعة وانما يدخل فيه النقصان لان محمدا جعل فى الاصل قطع الثوب نقصانا فاحشا والفائت به بعض المنافع فى المبسوط ذكر محمد رحمه الله فى كتاب الغصب اذ غصب الغاصب ثوبا وقطعه قميصا فقبل أن يخيطه جاء المالك فهو بالخيار ان شاء أخذ الثوب وضمنه النقصان وان شاء ترك الثوب عليه وضمنه جميع القيمة والثوب بعدما قطع قميصا بقى صالحا للقميص وان لم يبق صالحا للقباء والساقط من القيمة يكون أقل من الربع أيضا وقد اعتبره خرقا فاحشا حيث خير المالك فكان الصحيح من التحديد على ماقاله محمد رحمه الله أن يقال بان الخرق الفاحش ما يفوت به بعض العين وجنس المنفعة ويبقى بعض العين وبعض المنفعة واليسير من الخرق مالا يفوت به شئ من المنفعة وانما يدخل فيه النقصان (قوله ليس لعرق ظالم) بتنوين عرق

قال (ومن غصب أرضا) كلامه واضح لا يحتاج الى شرح لكن كان القاضى الامام أبو على النسفى يحكى عن الكرخى رحمه الله أنه ذكر فى بعض كتبه تفصيلا فقال ان كانت قيمة الساحة أقل من قيمة البناء فليس له أن يأخذها وان كانت قيمة الساحة أكثر فله أن يأخذها قالوا هذا قريب من مسائل حفظت عن محمد رحمه الله حيث قال فى لؤلؤة سقطت من يد انسان فابتلعتها دجاجة انسان ينظر الى قيمة الدجاجة واللؤلؤة فان كانت قيمة الدجاجة أقل يخير صاحب اللؤلؤة ان شاء أخذ الدجاجة وضمن قيمتها لمالكها وان شاء ترك اللؤلؤة وضمن صاحب الدجاجة قيمة اللؤلؤة وكذا اذا دخل قرن الشاة فى قدر الباقلانى وتعذر اخراجه ينظر أيهما كان أكثر قيمة فيؤمر صاحبه بدفع قيمة الآخر الى صاحبه ويتملك مال صاحبه ويتخير بعد ذلك فى تلف أيهما شاء وله أمثال غير ماذكرنا وقوله عليه الصلاة والسلام ليس لعرق ظالم حق صحعه

(قوله فيؤمر صاحبه بدفع قيمة الآخر الى صاحبه) أقول أى يؤمر صاحب الاكثر قيمة بامر تخييرى والضمير فى قوله الى صاحبه راجع الى الآخر (قوله وقوله عليه الصلاة والسلام ليس لعرق ظالم حق صحعه

صاحب الارض باق فان الارض لم تصر مستهلكة والغصب لا يتحقق فيها ولا بد للمالك من سبب فيؤمر الشاغل بتفريغها كما اذا شغل ظرف غيره بطعامه (فان كانت الارض تنقص بقلع ذلك فللمالك أن يضمن له قيمة البناء والغرس مقلوعا ويكونان له) لان فيه نظرا لهما ودفع الضرر عنهما وقوله قيمته مقلوعا معناه قيمة بناء أو شجر يؤمر بقلعه لان حقه فيه اذ لا قرار له فيه فتقوم الارض بدون الشجر والبناء وتقوم وبها شجر أو بناء لصاحب الارض أن يأمره بقلعه فيضمن فضل ما بينهما قال (ومن غصب ثوبا فصبغه أحمر أو سويقا فلته بسمن فصاحبه بالخيار ان شاء ضمنه قيمة ثوب أبيض ومثل السويق وسلمه للغاصب وان شاء أخذهما وغرم ما زاد الصبغ والسمن فيهما) وقال الشافعي في الثوب لصاحبه أن يمسكه ويأمر الغاصب بقلع الصبغ بالقدر الممكن اعتبارا بفصل الساحة بنى فيها لان التمييز ممكن بخلاف السمن في السويق لان التمييز متعذر ولنا ما بينا أن فيه رعاية الجانبين والخيرة لصاحب الثوب لكونه صاحب الاصل بخلاف الساحة بنى فيها لان النقض له بعد النقض أما الصبغ فيتلاشى وبخلاف ما اذا انصبغ بهبوب الريح لانه لا جناية من صاحب

صاحب الارض باق فان الارض لم تصر مستهلكة والغصب لا يتحقق فيها الخ) أقول لمتوهم أن يتوهم أن قوله في التعليل والغصب لا يتحقق فيها ينافي وضع المسئلة في الغصب بان قال ومن غصب أرضا فغرس فيها أو بنى فالجواب أن المراد بالغصب المذكور في وضع المسئلة هو معناه اللغوي وبالغصب المنفي تحققه في الارض في أثناء التعليل هو معناه الشرعي على أصل أئمتنا فلا منافاة وقال صاحب غاية البيان قد مر في أوائل كتاب الغصب عند قوله والغصب فيما ينقل ويحول أن عبارات مشايخنا اختلفت في غصب الدور والعقار على مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف فقال بعضهم يتحقق فيها الغصب ولكن لا على وجه يوجب الضمان واليه مال القدوري في قوله واذا غصب عقارا فهلك لم يضمنه عند أبي حنيفة وأبي يوسف فعلى هذا لا يرد السؤال على قوله ومن غصب أرضا وقال بعضهم لا يتحقق فيجاب عنه بان يقال لما تصور بصورة الغصب سماه غصبا وكما في قوله تعالى الا ابليس لانه تصور بصورة الملائكة اه كلامه (أقول) قد مر منا أيضا هناك أنه لم يقل أحد من مشايخنا ان الغصب الشرعي يتحقق عند أبي حنيفة وأبي يوسف في العقار ولو قال ذلك لما صح منه أن يقول لا على وجه يوجب الضمان فان وجوب الضمان عند هلاك المغصوب في يد الغاصب حكم مقرر لمطلق الغصب الشرعي لا يتخلف عنه عند أحد وانما اغتر صاحب الغاية باستعمال بعض المشايخ لفظ الغصب في العقار وتوجيه ذلك على طرف الثمام بحمله على المعنى اللغوي كما قررنا آنفا فلا وجه لما زعم من ورود السؤال على قوله ومن غصب أرضا على القول بتحقق الغصب الشرعي في العقار على أنه لو بنى عليه لورد السؤال على قول المصنف في تعليل ذلك والغصب لا يتحقق فيها اذ لزم حينئذ أن لا يطابق التعليل المعلل وأما الجواب الذي ذكره صاحب الغاية على تقدير عدم القول بتحقق الغصب في العقار بانه لما كان في صورة الغصب

على وجه الصفة والموصوف ذكر في المغرب أي لذي عرق ظالم وهو الذي يغرس في الارض غرسا ليستوجبها وصف العرق بالظلم الذي هو صفة صاحبه على هذا الوجه من المجاز حسن وأول الحديث فيما ذكره في الفائق والغريبين من أحيا أرضا ميتة فهي له وليس لعرق ظالم حق ثم قال هشام بن عروة وهو أن يجيء الرجل الى أرض قد أحياها رجل قبله فيغرس فيها غرسا ليستوجب به الارض وفي الاوضح أنه في بعض الروايات على الاضافة أي لغرس شجر ظالم (قوله لانه حقه فيه) أي لان حق الغاصب في بناء أو شجر يؤمر بقلعه اذ لا قرار له ومعرفة قيمته مقلوعا أي مأمورا بقلعه أن تقوم الارض مع الشجر المأمور مالكه بقلعه وتقوم وليس فيها هذا الشجر فيضمن فضل ما بينهما وهو قيمة الشجر المأمور مالكه بقلعه ثم قيمة المقلوع أزيد من قيمة المأمور بقلعه لان المؤنة لحقت من قلع المقلوع دون القائم فازدادت قيمة المقلوع لذلك (قوله لان النقض له بعد النقض) أي الحاصل من البناء المنقوض كالخشب والآجر له أي للغاصب أما الصبغ فيتلاشى ولم يحصل

الصبغ

في المغرب بتنوين عرق أي لذي عرق ظالم وهو الذي يغرس في الارض غرسا على وجه الاغتصاب ليستوجبها وصف العرق بالظلم الذي هو صفة صاحبه مجازا وقد روي بالاضافة أي ليس لعرق غاصب ثبوت بل يؤمر بقلعه وقوله (فتقوم الارض الخ) يعتبر قيمة الارض بدون الشجر عشرة دنانير مثلا ومع الشجر المستحق قلعه خمسة عشر يضمن صاحب الارض خمسة دنانير للغاصب فيسلم الارض والشجر لصاحب الارض وكذا البناء (قوله ومن غصب ثوبا الخ) ظاهر وقوله (اعتبارا بفصل الساحة) يعني كما ان في فصل الساحة يؤمر بالقلع اذا لم تتضرر الارض به فكذلك ههنا لان في كل منهما شغل ملك الغير بملكه وقوله (لان التمييز ممكن) يعني بالعصر وقوله (ولنا ما بينا) يعني في مسئلة الساحة بالجيم بقوله ووجه آخر لنا وقوله (والخيرة لصاحب الثوب) جواب عما يقال لم لا يكون الخيار لصاحب

في المغرب الى قوله بل يؤمر بقلعه) أقول ولا مجال لكون ظالم نعتا للذي لانه معرفة

الصبغ يعني ان شاء سلم الثوب الى مالكه وضمنه قيمة صبغه وان شاء ضمن قيمة الثوب أبيض وبيانه أن تخيير كل منهما متعذر لجواز وقوع التنافي بينهما وتخيير المالك أولى لان الثوب أصل والصبغ صفة فيكون كالتابع له (السويق بمنزلة الثوب والسمن بمنزلة الصبغ (قال أبو عصمة) المروزي رحمه الله (في أصل المسئلة) يعني في قوله ومن غصب ثوبا فصبغه أحمر واحترز بهذا القيد عن أن يتوهم أن هذا الحكم الذي ذكره أبو عصمة متصل بما يليه من مسئلة الانصباغ وان كانت مسئلة الانصباغ كذلك لكن وقع من أبي عصمة في أصل المسئلة فقيده بذلك تصحيحا للنقل (وقد ظهر بما ذكرنا) في مسئلة الصبغ والانصباغ (الوجه) يعني جواب المسئلة وتعليلها (في السويق) من حيث الخلط والاختلاط بغير فعل (غير أن السويق من ذوات الامثال فيضمن مثله والثوب من ذوات القيم فيضمن قيمته وقال في الاصل يضمن قيمة السويق لان السويق يتفاوت بالقلي فلم يبق مثليا وقيل المراد منه) أي من القيمة (المثل سماه به) أي سمى المثل بالقيمة (لقيامه مقامه) أي لقيام المثل مقام المغصوب وذكر الضمير في منوبه بتاويل ما يقوم (قوله فعن محمد رحمه الله أنه ينظر الخ) معناه أن نظر الى ثوب تزيد فيه الحمرة فان كانت الزيادة خمسة مثلا يأخذ ثوبه وخمسة دراهم لان صاحب الثوب استوجب نقصان الثوب عشرة واستوجب الصباغ عليه قيمة الصبغ خمسة فالخمسة بالخمسة قصاص ويرجع عليه بما بقي من النقصان وهو خمسة وهذا رواية هشام عن محمد رحمهما الله

الصبغ ليضمن الثوب فيملك صاحب الاصل الصبغ قال أبو عصمة في أصل المسئلة وان شاء رب الثوب باعه ويضرب بقيمته أبيض وصاحب الصبغ بما زاد الصبغ فيه لان له أن لا يتملك الصبغ بالقيمة وعند امتناعه تعين رعاية الجانبين في البيع ويتأتى هذا فيما اذا انصبغ الثوب بنفسه وقد ظهر بما ذكرنا الوجه في السويق غير أن السويق من ذوات الامثال فيضمن مثله والثوب من ذوات القيم فيضمن قيمته وقال في الاصل يضمن قيمة السويق لان السويق يتفاوت بالقلي فلم يبق مثليا وقيل المراد منه المثل سماه به لقيامه مقامه والصفرة كالحمرة ولو صبغه أسود فهو نقصان عند أبي حنيفة وعندهما زيادة وقيل هذا اختلاف عصر وزمان وقيل ان كان ثوبا ينقصه السواد فهو نقصان وان كان ثوبا يزيد فيه السواد فهو كالحمرة وقد عرف في غير هذا الموضع ولو كان ثوبا تنقصه الحمرة بان كانت قيمته ثلاثين درهما فتراجعت بالصبغ الى عشرين فعن محمد أنه ينظر الى ثوب تزيد فيه الحمرة فان كانت الزيادة خمسة يأخذ ثوبه وخمسة دراهم لان احدى الخمستين جبرت بالصبغ

سماه غصبا لهوجه ولكن فيما ذكرناه من الحمل على المعنى اللغوي مندوحة عنه كما لا يخفى

للغاصب منه شئ فلم يؤمر من الغاصب بقلع صبغه كيلا يفوت حقه أصلا (قوله قال أبو عصمة رحمه الله في أصل المسئلة) أي في قوله ومن غصب ثوبا فصبغه أحمر وان شاء رب الثوب باعه (قوله بقيمته أبيض وصاحب الثوب بما زاد الصبغ فيه لان له أن لا يتملك الصبغ بالقيمة وعند امتناعه تعين رعاية الجانبين في البيع) لانه طريق اتصال حق كل واحد منهما الى صاحبه معنى ويضرب بقيمة الابيض وصاحب الصبغ بما زاد الصبغ فيه لان له أن لا يتملك الصبغ بالقيمة وعند امتناعه تعين رعاية الجانبين في البيع لانه طريق ايصال حق كل واحد منهما الى صاحبه (قوله ويتأتى هذا فيما اذا انصبغ الثوب بنفسه) أي يتأتى قول أبي عصمة فيما اذا انصبغ الثوب بنفسه أيضا وقوله فيما اذا انصبغ الثوب بنفسه أظهر لانه اذا كان كذلك لا يكون له ولاية تضمين صاحب الصبغ على كره منه فعند امتناعه عن تملك الثوب وتعذر تضمينه جبرا تعين البيع طريقا للوصول الى حقه اذا لم يرض صاحب الثوب بتملك الصبغ بالقيمة فاما في الغصب عند امتناع رب الثوب عن تملك الصبغ لا يتعين البيع طريقا للوصول الى حقه لان له تضمين الغاصب بالثوب الابيض (قوله وقد ظهر بما ذكرنا الوجه في السويق) أي الجواب والتعليل في السويق كالجواب والتعليل في الصبغ والانصباغ أما حكمه في الغصب فقد ذكر ان صاحب السويق بالخيار ان شاء ضمنه مثل السويق وان شاء أخذها وغرم السمن وأما حكم السويق والسمن في الاختلاط بغير فعل أحد فقد ذكر في الايضاح ان السمن لو اختلط بالسويق كان السويق بمنزلة الثوب والسمن بمنزلة الصبغ لان السويق أصله والسمن كالتابع له فانه يقال سويق ملتوت وأما العسل والسمن فكلاهما أصلان (قوله وقيل هذا اختلاف عصر وزمان) فانه أجاب على ما شاهد في عصره من عادة بني أمية فانهم كانوا يمتنعون عن لبس السواد وهما أجابا على ما شاهدا في عصرهما من عادة بني العباس بلبس السواد (قوله ولو كان ثوبا تنقصه الحمرة) بان كانت قيمته ثلاثين درهما فرجعت بالصبغ الى عشرين فعن محمد رحمه الله أنه ينظر الى ثوب يزيد فيه الحمرة فان كان الزيادة خمسة يأخذ رب الثوب ثوبه وخمسة دراهم من الغاصب لان صاحب الثوب استوجب عليه نقصان قيمة ثوبه عشرة دراهم واستوجب الصباغ عليه قيمة الصبغ خمسة فالخمسة بالخمسة قصاص ويرجع عليه بما بقي من النقصان وهو خمسة والله أعلم بالصواب

(قوله قال أبو عصمة المروزي) أقول هو سعد بن معاذ المروزي تلميذ ابراهيم بن يوسف تلميذ أبي يوسف رحمهم الله

(فصل) لما فرغ من كيفية ما يوجب الملك للغاصب بالضمان شرع في ذكر مسائل تتصل بمسائل الغصب قال (ومن غصب عينا فغيبها) فالمالك بالخيار ان شاء صبر الى أن توجد وان شاء ضمنه قيمتها فان اختار تضمين القيمة (فضمنها الغاصب ملكها) عندنا خلافا للشافعي رحمه الله قال (الغصب عدوان محض وما هو كذلك لا يصلح سببا للملك) كما لو غصب مدبرا وغيبه وضمن قيمته فانه لا يملكه بالاتفاق (ولنا المالك ملك البدل وهو القيمة بكماله) يعني يدا ورقبة وكل من ملك بدل شئ خرج المبدل عن ملكه في مقابلته ودخل في ملك صاحب البدل دفعا للضرر عن مالك البدل لكن بشرط أن يكون المبدل قابلا للنقل من ملك الى ملك والمدبر ليس كذلك وكلامه يشير الى أن سبب الملك هو الغصب والا لم يكن تعليل الشافعي بذلك مناسبا وهو مذهب القاضي أبي زيد رحمه الله فانه قال في الاسرار قال علماؤنا رحمهم الله الغصب يفيد الملك في المغصوب عند القضاء بالضمان أو التراضي قال شمس الائمة رحمه الله في المبسوط وهذا وهم فان الملك لا يثبت عند أداء الضمان من وقت الغصب للغاصب حقيقة ولهذا لا يسلم له الولد ولو كان الغصب هو السبب لكان اذا تم الملك بذلك السبب ملك الزوائد المتصلة والمنفصلة ومع هذا في هذه العبارة بعض الشنعة فالغصب عدوان محض والملك حكم مشروع مرغوب فيه فيكون سببه مشروعا مرغوبا فيه ولا يصلح أن يجعل العدوان المحض سببا له فانه ترغيب للناس فيه لتحصيل ما هو مرغوب لهم به ولا يجوز اضافة مثله الى الشرع وقيل فيه نظر لانه لا يراد بكون الغصب سببا للملك عند أداء الضمان أنه يوجبه مطلقا بل بطريق الاستناد والثابت به ثابت من وجه دون وجه فلا يظهر أثره في ثبوت الزيادة المنفصلة وقوله (نعم قد ينفسخ التدبير بالقضاء) جواب عما يقال لا نسلم أن المدبر لا يقبل النقل فان مولاه لو باعه وحكم القاضي بجواز بيعه جاز البيع وفسخ التدبير وتقريره القول بالموجب يعني نعم هو كذلك لكن هو في ضمن قضاء القاضي في الفصل المجتهد فيه فحينئذ كان البيع مصادفا للقن لا للمدبر فيجوز بيعه لمصادفته القن بهذا الطريق وأما ما نحن فيه فلم ينفسخ التدبير والكلام فيه

قال

---

*(فصل * ومن غصب عينا فغيبها فضمنه المالك قيمتها ملكها) وهذا عندنا وقال الشافعي لا يملكها لان الغصب عدوان محض فلا يصلح سببا للملك كما في المدبر ولنا أنه ملك البدل بكماله والمبدل قابل للنقل من ملك الى ملك فيملكه دفعا للضرر عنه بخلاف المدبر لانه غير قابل للنقل لحق المدبر نعم قد ينفسخ التدبير بالقضاء لكن البيع بعده يصادف القن

(فصل) لما فرغ من ذكر كيفية ما يوجب الملك للغاصب بالضمان ذكر في هذا الفصل مسائل متفرقة تتصل بمسائل الغصب كما هو دأب المصنفين كذا في النهاية وذكره صاحب العناية أيضا بعبارة أقصر (أقول) فيه كلام وهو أن المذكور في الفصل السابق ما يوجب الملك للغاصب بفعله وعمله لا بالضمان كما يشعر به هناك عنوان الفصل حيث قال فصل فيما يتغير بعمل الغاصب ويدل عليه قطعا قوله واذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها وعظم منافعها زال ملك المغصوب منه عنها وملكها الغاصب ولو سلم ذلك كان ينبغي أن يذكر في الفصل السابق ما ذكر في صدر هذا الفصل وهو قوله ومن غصب عينا فغيبها فضمنه المالك قيمتها ملكها فانه من قبيل ما يوجب الملك للغاصب بالضمان صريحا (قوله وقال الشافعي لا يملكها لان الغصب عدوان محض فلا يصلح سببا للملك كما في المدبر ولنا أنه ملك البدل بكماله والمبدل قابل للنقل من ملك الى ملك فيملكه دفعا للضرر عنه) قال صاحب العناية بعد شرح كلام المصنف وكلامه يشير الى أن سبب الملك هو الغصب

(فصل) (قوله عدوان محض) أي ما فيه موجه اباحة فلا يصلح سببا للملك لانه حكم مشروع فيستدعي سببا مشروعا والتعدي لا يكون مشروعا لان أدنى درجاته ان يكون مباحا والتعدي لا يكون مباحا وصار كغصب المدبر (قوله ولنا أنه ملك البدل بكماله) أي رقبة ويدا فوجب ان يزول ملكه عن المبدل الى ملك من وجب عليه البدل اذا كان المبدل محتملا للنقل من ملك الى ملك دفعا للضرر وتحقيقا للبدل كما في سائر المبادلات وهذا لان الضمان بدل العين حتى يتقدر بقيمة العين والاصل في الضمان ان يجب بقدر ما فوت لان العدل انما يتحقق بايجاب مثل الفائت فاذا ثبت له الملك في البدل يدا وذاتا جعلناه مقابلا بالاصل يدا وذاتا فيزول ملكه عن المغصوب شرطا للحكم شرعي وهو الضمان لانه شرع جبرا ولا جبر مع بقاء الاصل على ملكه اذ الجبر يعتمد الفوات وشرط الشئ تابع له فصار حسنا بحسنه وانما قبح لو كان الملك يثبت بالغصب (قوله نعم قد ينفسخ التدبير الخ) هذا جواب اشكال وهو ان يقال يمكن نقل المدبر أيضا بان باعه وخاصمه المشتري بالتسليم

(فصل)* (قوله لما فرغ من كيفية) أقول الظاهر تبديل الكيفية بالبيان (قوله ما يوجب الملك) أقول أي بعمل الغاصب (قوله فانه لا يملكه بالاتفاق) أقول لكن التعليل مختلف فعند الشافعي لان الغصب لا يصلح أن يكون سبب الملك وعندنا لان المدبر لا يقبل النقل كما يجئ قال المصنف (والمبدل قابل للنقل) أقول قوله والمبدل حال أو عطف بيان (قوله والا لم يكن تعليل الشافعي بذلك مناسبا) أقول فيه بحث فان عدم مناسبته لا يهمنا غايته أن يكون وجها آخر لنا في الجواب (قوله وقيل فيه نظر) أقول القائل هو الاتقاني (قوله بل بطريق الاستناد والثابت به ثابت من وجه دون وجه فلا يظهر أثره في ثبوت الزيادة المنفصلة) أقول لو كذلك في البيع الموقوف يملك مستندا كما مر في البيع مع أنه يملك الزوائد المنفصلة

قال (والقول فى القيمة قول الغاصب مع يمينه) اذا اختلفا فى قيمة المغصوب فالقول فيها قول الغاصب مع يمينه (الا أن يقيم المالك البينة بأكثر من ذلك) فحينئذ لم يكن القول قول الغاصب بل يكون للمالك (لانه أثبته بالحجة الملزمة) فان عجز عن اقامة البينة وطلب يمين الغاصب وللغاصب بينة تشهد بقيمة المغصوب لم تقبل بينته بل يحلف على دعواه لان بينته تنفى الزيادة والبينة على النفى لا تقبل وقال بعض مشايخنا رحمهم الله ينبغى أن تقبل لاسقاط اليمين كالمودع اذا ادعى رد الوديعة فان القول قوله ولو أقام البينة على ذلك قبلت وكان القاضى الامام أبو على النسفى رحمه الله يقول هذه المسئلة عدت مشكلة ومن المشايخ من فرق بين هذه المسئلة ومسئلة الوديعة وهو الصحيح لان المودع ليس عليه الا اليمين وباقامة البينة أسقطها وارتفعت الخصومة وأما الغاصب فعليه ههنا اليمين والقيمة وباقامة البينة لم يسقط الا اليمين فلا يكون فى معنى الوديعة وكأن المصنف رحمه الله اختار قول من قال ذكر أوصاف المغصوب فى دعوى الغصب ليس بشرط حيث لم يذكره وهو الاصح قال محمد رحمه الله فى الاصل اذا ادعى رجل على رجل أنه غصب منه جارية له وأقام على ذلك بينة يحبس المدعى عليه حتى يجىء بها ويردها على صاحبها قال شمس الائمة الحلوانى رحمه الله ينبغى أن تحفظ هذه المسئلة لانه قال أقام بينة أنه غصب جارية له ولم يبين جنسها وصفتها وقيمتها وانما كان ذلك أصح لاجل الضرورة فان الغاصب يمتنع عن احضار المغصوب عادة وحين يغصب انما يتأتى من الشهود معاينة فعل الغصب دون العلم بأوصاف المغصوب فسقط اعتبار علمهم بالاوصاف لاجل التعذر ويثبت بشهادتهم فعل الغصب فى محل هو مال متقوم فصار ثبوت ذلك بالبينة كثبوته باقراره فيحبس حتى يجىء به وعلى هذا لا يحتاج الى تأويل أبى بكر الاعمش وهو ما قال تأويلها أن الشهود شهدوا على اقرار الغاصب بذلك فاما الشهادة على فعل الغصب فلا تقبل مع جهالة المغصوب لان المقصود اثبات الملك للمدعى فى المغصوب والقضاء بالمجهول غير ممكن (فان ظهرت العين وقيمتها أكثر مما ضمن) فاما أن يكون ضمن بعد تمام الرضا أولا فان كان الاول كما لو ضمنها بقول المالك أو ببينة أقامها المالك أو بنكول الغاصب عن اليمين فلا خيار للمالك والعين للغاصب لانه تم له الملك بسبب اتصل به رضا المالك حيث ادعى هذا المقدار وان كان الثانى كما لو ضمنه بقول الغاصب مع يمينه فله الخيار ان شاء أمضى الضمان وان شاء أخذ العين ورد العوض لانه لم يتم رضاه بهذا المقدار حيث يدعى الزيادة فان قبل أخذه القيمة وان كانت ناقصة يدل على تمام الرضا فكانت كالمسئلة الاولى أجاب بقوله

قال (والقول فى القيمة قول الغاصب مع يمينه) لان المالك يدعى الزيادة وهو ينكر والقول قول المنكر مع يمينه (الا أن يقيم المالك البينة بأكثر من ذلك) لانه أثبته بالحجة الملزمة قال (فان ظهرت العين وقيمتها أكثر مما ضمن وقد ضمنها بقول المالك أو ببينة أقامها أو بنكول الغاصب عن اليمين فلا خيار للمالك وهو للغاصب) لانه تم له الملك بسبب اتصل به رضا المالك حيث ادعى هذا المقدار قال (فان كان ضمنه بقول الغاصب مع يمينه فهو بالخيار ان شاء أمضى الضمان وان شاء أخذ العين ورد العوض) لانه لم يتم رضاه بهذا المقدار حيث يدعى

والا لم يكن تعليل الشافعى بذلك مناسبا اهـ وأورد عليه بعض الفضلاء حيث قال فيه بحث فان عدم مناسبته لا يهمنا غايته أن يكون وجها آخر لنا فى الجواب اهـ (أقول) كيف لا يهمنا عدم مناسبة تعليله وهو خصمنا فى هذه المسئلة وتزييف دليل خصمنا مما يهمنا لا محالة فلو لم يكن سبب الملك هو الغصب عندنا لكان ينبه على المصنف بيان عدم مناسبة تعليله لما قلنا ليتزيف به دليله فان قيل قد استغنى المصنف عن تزييف دليله بهذا الوجه بما ذكره بقوله ولنا أنه ملك البدل بكماله الخ كما أشار اليه ذلك البعض بقوله غايته أن يكون وجها آخر لنا فى الجواب قلنا ما ذكره بقوله ولنا أنه ملك البدل الخ لا يصلح جوابا آخر عما قاله الشافعى ولا يندفع به اشكال أن يكون ما هو عدوان محض سببا للملك كما ذكره الشافعى فى تعليله فلو لم يكن سبب الملك عندنا هو الغصب لما ترك منع كون الغصب سببا للملك عندنا فى الجواب عما قاله الخصم فهل يستغنى العاقل عن مثل هذا الامر الجلى القاطع عند امكان التشبث به بمثل ما ذكره المصنف مما هو كثير من المقدمات خفى الدلالة على دفع ما قاله الخصم كما ترى فصح ما ذهب اليه صاحب العناية من أن سوق كلام المصنف ههنا يشير الى أن سبب الملك عندنا هو الغصب كما صرح به القاضى أبو زيد فى الاسرار حيث قال قال علماؤنا الغصب يفيد الملك فى المغصوب عند القضاء بالضمان أو التراضى عليه (قوله الا أن يقيم المالك البينة بأكثر من ذلك) فان عجز المالك عن اقامة البينة وطلب يمين الغاصب وللغاصب بينة تشهد بقيمة المغصوب لم تقبل بينته بل يحلف على دعواه لان بينته تنفى الزيادة والبينة على النفى لا تقبل وقال بعض مشايخنا ينبغى أن تقبل لاسقاط اليمين كالمودع اذا ادعى رد الوديعة فان القول قوله ولو أقام البينة على ذلك قبلت وكان القاضى

وقضى القاضى بذلك فان المشترى يأخذ المدبر فأجاب بأن ذلك لا يكون نقل المدبر بل نقل القن لانه بفسخ القاضى يعود الى الرق (قوله الا أن يقيم المالك البينة بأكثر من ذلك) فان لم يكن للمالك بينة وجاء الغاصب ببينة ان قيمة المغصوب كذا قال بعض مشايخنا ينبغى ان يقبل بينة الغاصب لاسقاط اليمين ألا ترى ان المودع

(قوله فلا يكون فى معنى المودع) أقول ينظر فان الغاصب مدع صورة ومن هذه الجهة قبلت بينة المودع وبينة مدعى الثمن الناقص اذا اختلفا فى ثمن السلعة كما مر فى الدعوى (قوله حيث لم يذكره وهو الاصح) أقول فيه تأمل

(وأخذه دونها) أي أخذ المالك مادون الزيادة لايدل على تمام الرضا لانه انما أخذ ذلك للضرورة وهي عدم الحجة فلا يدل على رضاه بخلاف المسئلة المتقدمة لان دعواه تلك القيمة كانت باختياره (ولو ظهرت العين وقيمتها مثل ماضمنه أو دونه في هذا الفصل الاخير) يعني ما اذا ضمنه بقول الغاصب مع يمينه (فكذلك الجواب) أي فهو بالخيار ان شاء أمضى الضمان وان شاء أخذ العين ورد العوض (في ظاهر الرواية) وقال الكرخي رحمه الله لاخيار له في استردادها لانه توفر عليه بدل ملكه بكماله (وهو) أي ظاهر الرواية (الاصح) لانه لم يتم رضاه بزوال العين عن ملكه حيث لم يعط مايدعيه من القيمة ومالم يتم الرضا لم يسقط الخيار قال (ومن غصب عبدا فباعه الخ) ومن غصب عبدا فباعه فضمنه المالك قيمته فقد جاز بيعه وان أعتقه الغاصب عن نفسه ثم ضمن القيمة لم يجز عتقه لان ملكه الثابت فيه ناقص لثبوته مستندا أو ضرورة اجتماع البدل والمبدل في ملك شخص واحد ولهذا يظهر في حق الاكساب دون الاولاد على ما نذكر والناقص يكفي لنفوذ البيع دون الاعتاق بالنص كملك المكاتب فان له أن يبيع عبده وليس له أن يعتقه وقيد باعتاق الغاصب ثم بتضمينه احترازا عن اعتاق المشتري من الغاصب ثم تضمين الغاصب فان فيه روايتين ففي رواية يصح اعتاقه وهو الاصح قياسا على الوقف وفي رواية لايصح وقد تقدم في بيع الفضولي (وولد المغصوبة ونماؤها) كالسمن والجمال (وثمرة البستان المغصوب أمانة في يد الغاصب لاتضمن الا بالتعدي أو بالجحود عند طلب المالك) والاكساب الحاصلة باستغلال الغاصب ليست من نمائه في شيء حتى تضمن بالتعدي لما انه عوض الغير عن منافع المغصوب ومنافعه غير مضمونة عندنا فكذا بدلها (وقال الشافعي رحمه الله زوائد المغصوب مضمونة متصلة كانت أو منفصلة) بناء على أن حد الغصب عنده اثبات اليد على مال الغير بغير رضاه وهو موجود في هذه الصورة فكان كالظبية المخرجة من الحرم اذا ولدت في يده فان

الزيادة وأخذه دونه العدم الحجة ولو ظهرت العين وقيمتها مثل ماضمنه أو دونه في هذا الفصل الاخير فكذلك الجواب في ظاهر الرواية وهو الاصح خلافا لما قاله الكرخي رحمه الله أنه لاخيار له لانه لم يتم رضاه حيث لم يعط له مايدعيه والخيار لفوات الرضا قال (ومن غصب عبدا فباعه فضمنه المالك قيمته فقد جاز بيعه وان أعتقه ثم ضمن القيمة لم يجز عتقه) لان ملكه الثابت فيه ناقص لثبوته مستندا أو ضرورة ولهذا يظهر في حق الاكساب دون الاولاد والناقص يكفي لنفوذ البيع دون العتق كملك المكاتب قال (وولد المغصوبة ونماؤها وثمرة البستان المغصوب أمانة في يد الغاصب ان هلك فلا ضمان عليه الا أن يتعدى فيها أو يطلبها مالكها فيمنعها اياه) وقال الشافعي زوائد المغصوب مضمونة متصلة كانت أو منفصلة لوجود الغصب وهو اثبات اليد على مال

أبو علي النسفي يقول هذه المسئلة عدت مشكلة ومن المشايخ من فرق بين هذه ومسئلة الوديعة وهو الصحيح لان المودع ليس عليه الا اليمين وباقامة البينة أسقطها وارتفع الخصومة وأما الغاصب فعليه ههنا اليمين والقيمة وباقامة البينة لم يسقط الا اليمين فلا يكون في معنى المودع كذا في العناية وغيرها (أقول) فيما ذكروا من وجه الفرق نظر فانه انما يفيد أن لا يكون الغاصب في هذه المسئلة كالمودع من جميع الوجوه حيث وجب على الغاصب اليمين والقيمة ولم يجب على المودع الا اليمين وهذا لا ينافي صحة قياس هذه المسئلة على مسئلة الوديعة في قبول البينة لاسقاط اليمين لان الاتحاد بينهما في هذه الجهة كاف في صحة القياس ولا يضرها وجوب القيمة على الغاصب لان الواجب عليه فيما اذا عجز المالك عن اقامة البينة على الاكثر انما هو الاقل الذي كان معترفا به وليس مقصوده من اقامة البينة عليه الا مجرد اسقاط اليمين على الزيادة عن نفسه واذا حصل له هذه الفائدة صار

اذا ادعى رد الوديعة يقبل قوله ولو أقام البينة على ذلك قبلت بينته ومن المشايخ من فرق بين مسئلة الوديعة وبين هذه المسئلة وهو الصحيح (قوله في هذا الفصل الاخير) أي فيما اذا ضمنه بقول الغاصب مع يمينه فكذلك الجواب في ظاهر الرواية وهو الاصح أي فهو بالخيار ان شاء أمضى الضمان وان شاء أخذ العين ورد العوض وقال الكرخي لاخيار له لانه توفر عليه بدل ملكه بكماله وجه ظاهر الرواية ان الخيار لفوت الرضا ورضاه لم يتم حيث لم يعطه مايدعيه وجاز أن تكون قيمته مثل ماضمنه عند المقومين ولا تكون مثله عنده فلا يرضى به بدلا (قوله لان الملك الثابت فيه ناقص لثبوته مستندا) والثابت بطريق الاستناد ثابت من وجه دون وجه أو ضرورة اذ الدليل يأبى ثبوت الملك بالغصب لكونه عدوانا والملك نعمة وانما ثبت الملك له ضرورة القضاء بالضمان كيلا يجتمع البدل والمبدل في ملك واحد والثابت ضرورة ثابت من وجه دون وجه ولهذا يظهر في حق الاكساب دون الاولاد لان الملك ثبت شرطا للقضاء بالقيمة والولد غير مضمون عليه بالقيمة وهو بعد الانفصال ليس بتبع فلا يثبت هذا الحكم فيه بخلاف الكسب لانه بدل المنفعة فيكون تبعا محضا وثبوت الحكم في التبع بثبوته في المتبوع سواء ثبت في المتبوع مقصودا بسببه أو شرطا لغيره ولان ملك الكسب أسرع نفوذا من ملك الولد بدليل ان الغاصب اذا آجر المغصوب يملك الاجر ولو أولد لا يملك والملك الناقص يكفي لنفاذ البيع ولا يكفي للعتق كملك المكاتب فان المكاتب يملك البيع ولا يملك العتق لنقصان ملكه (قوله وولد المغصوبة ونماؤها) كالسمن والجمال أما الاكساب الحاصلة باستغلال الغصب فهي ليست من قبيل نماء المغصوب لانه لا يستقيم فيه الاستثناء بقوله الا ان يتعدى فيها أو يطلبها صاحبها فيمنعها لما ذكرنا

(قوله دون الاعتاق بالنص) أقول قال النبي عليه الصلاة والسلام لا عتق فيما لا يملك ابن آدم

الولد يكون مضمونا عليه لوجود سبب الضمان في حق الام وان لم يكن هناك منع من المخرج (ولنا أن الغصب اثبات اليد على مال الغير على وجه تزيل يد المالك على ماذكرنا) في أول كتاب الغصب واثبات اليد على ذلك الوجه ليس بموجود فيما نحن فيه لانها ما كانت ثابتة على هذه الزيادة حتى تزيلها الغاصب واعترض بان هذا يقتضي أن يضمن الولد اذا غصب الجارية حاملا لان اليد كانت ثابتة عليه وليس كذلك فانه لا فرق بين هذا وبين ما اذا غصبها غير حامل فحبلت في يد الغاصب وولدت والرواية في الاسرار وأجيب بان الحمل قبل الانفصال ليس بمال بل يعد عيبا في الامة فلم يصدق عليه اثبات اليد على مال الغير سلمنا ذلك لكن لا ازالة ثمة ظاهرا اذ الظاهر عدم المنع عند الطالب حتى لو منعه بعد الطلب أو تعدى فيه قلنا بالضمان كما قال في الكتاب وذلك بان أتلفه أو ذبحه وأكله أو باعه وسلمه وانما ذكر التسليم لان التعدي لا يتحقق بمجرد البيع بل بالتسليم بعده فان تفويت يده يحصل به لانه كان متمكنا من أخذه من الغاصب وقد زال ذلك بالبيع والتسليم وعورض بان الام مضمونة لبتة والاوصاف القارة في الامهات تسري الى الاولاد كالحرية والرق والملك في الشراء وأجيب بان الضمان ليس بصفة قارة في الام بل هو لزوم حق في ذمة الغاصب فان وصف به المال كان مجازا فان قيل قد وجد الضمان في مواضع فلم تتحقق العلة المذكورة فيها كمكان أمارة زيفها وذلك كغاصب الغاصب فانه يضمن وان لم يزل يد المالك بل أزال يد الغاصب والملتقط اذا لم يشهد مع القدرة على الاشهاد ولم يزل يدا والمغرور اذا منع الولد يضمن به الولد ولم يزل يدا في حق الولد ويضمن الاموال بالاتلاف تسبيبا كحفر البئر في غير الملك وليس ثمة ازالة يد أحد ولا اثباتها فالجواب ان ما قلنا ان الغصب على التفسير المذكور يوجب الضمان مطرد لا محالة وأما أن كل ما يوجب الضمان كان غصبا فلم يلتزم ذلك

الغير بغير رضاه كما في الظبية المخرجة من الحرم اذا ولدت في يده يكون مضمونا عليه ولنا أن الغصب اثبات اليد على مال الغير على وجه تزيل يد المالك على ماذكرنا ويد المالك ما كانت ثابتة على هذه الزيادة حتى تزيلها الغاصب ولو اعتبرت ثابتة على الولد لا تزيلها اذ الظاهر عدم المنع حتى لو منع الولد بعد طلبه يضمنه وكذا اذا تعدى فيه كما قال في الكتاب وذلك ان أتلفه أو ذبحه وأكله أو باعه وسلمه

في معنى المودع من جهة اتحاد فائدة قبول البينة فتدبر (قوله ولنا أن الغصب اثبات اليد على مال الغير على وجه تزيل يد المالك على ماذكرنا ويد المالك ما كانت ثابتة على هذه الزيادة حتى تزيلها الغاصب) واعترض بان هذا يقتضي أن يضمن الولد اذا غصب الجارية حاملا لان اليد كانت ثابتة عليه وليس كذلك فانه لا فرق بين هذا وبين ما اذا غصبها غير حامل فحبلت في يد الغاصب وولدت والرواية في الاسرار وأجيب بان الحمل قبل الانفصال ليس بمال بل يعد عيبا في الامة فلم يصدق عليه اثبات اليد على مال الغير كذا في العناية وكثير من الشروح (أقول) في الجواب بحث لان الحمل قبل الانفصال لو لم يكن مالا لما صح اعتاقه وتدبيره اذ الظاهر أن محل الاعتاق والتدبير لا يكون الا مالا مملوكا وقد تقرر في محله أنه يصح اعتاقه وتدبيره فيلزم أن يكون مالا ولئن سلم أن محل الاعتاق والتدبير لا يلزم أن يكون مالا بل يكفي أن يكون ملكا وأن الملك يجوز أن يتحقق في غير المال أيضا فالجواب المذكور لا يصلح عبارة الكتاب لان الحاصل منه أن وجه عدم ضمان الولد فيما اذا غصب الجارية حاملا هو عدم كون الحمل قبل الانفصال مالا لا أن يد المالك ما كانت ثابتة عليه وقد قال في الكتاب ويد المالك ما كانت ثابتة على هذه الزيادة حتى تزيلها الغاصب ولا شك أن هذه العبارة لا تتناول ما اذا غصب الجارية حاملا مع أنه لا يضمن الزيادة في هاتيك الصورة أيضا كما ذكر في الاسرار فلم يندفع ورود الاعتراض المذكور على عبارة الكتاب كما لا يخفى (قوله ولو اعتبرت ثابتة على الولد لا تزيلها اذ الظاهر عدم المنع)

ان الغلة الحاصلة من المغصوب باستغلال الغاصب غير مضمونة عليه وان استهلكها لانها عوض عن منافع المغصوب ومنافع المغصوب غير مضمونة عندنا فكذا بدلها وقال الشافعي رحمه الله زوائد المغصوب مضمونة متصلة كانت كالسمن والجمال أو منفصلة كالولد لوجود الغصب وهو اثبات اليد على مال الغير بغير رضاه ولنا ان الغصب اثبات اليد على مال الغير على وجه يزيل يد المالك على ماذكرنا أي في أول الغصب بقوله وفي الشريعة أخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل يده فكان الاختلاف بيننا وبين الشافعي رحمه الله في الزوائد مبنيا على الاختلاف في حد الغصب (قوله ولو اعتبرت ثابتة) أي لو اعتبرت يد المالك ثابتة على الولد تبعا لملك الام فانه ما أزال اليد التقدير به اذ الظاهر عدم المنع حتى لو منع الولد بعد طلبه يضمنه (قوله أو باعه وسلمه وانما ذكر التسليم لان التعدي لا يتحقق بمجرد البيع بل بالتسليم بعده كما لو باع الوديعة وسلمها فانه يكون ضامنا فان قيل فليس في البيع والتسليم تفويت يد المالك في الولد قلنا بل فيه تفويت يده لانه كان متمكنا من أخذه من الغاصب وقد زال ذلك ببيعه وتسليمه فلوجود التفويت من هذا الوجه يكون ضامنا كذا في المبسوط

(قوله سلمنا ذلك لكن لا ازالة ثمة ظاهرا) أقول فيه بحث فان الازالة عن الكل ازالة عن الجزء (قوله فان تفويت يده يحصل به) أقول فان قيل ما كانت يده ثابتة حتى يفوت قلنا فرق بين التفويت والازالة فالازالة لا يقتضي الثبوت (قوله وأجيب بان الضمان ليس بصفة قارة في الام بل هو لزوم حق الخ) أقول فيه تأمل (قوله والمغرور اذا منع الولد يضمن به الولد) أقول فان ولد المغرور حر بالقيمة

وفى الظبية المخرجة لا يضمن ولدها اذا هلك قبل التمكن من الارسال لعدم المنع وانما يضمنه اذا هلك بعده لوجود المنع بعد طلب صاحب الحق وهو الشرع على هذا أكثر مشايخنا ولو أطلق الجواب فهو ضمان جناية

أقول هذا انما يتم فيما اذا غصب الجارية غير حامل فحبلت فى يد الغاصب وأما فيما اذا غصبها حاملا فلا لان الولد فى هذه الصورة كان جزأ من أمه حين الغصب فكان ازالة يد المالك عن أمه مستلزما لازالتها عنه أيضا ضرورة استلزام ازالة اليد عن الكل ازالتها عن أجزائه فلا يتصور اذ ذاك أن يقال ولو اعتبرت ثابتة على الولد لا يزيلها ولا يصح التعليل بان يقال اذ الظاهر عدم المنع لان منع الكل بازالة يد المالك عنه منع لجزئه أيضا وقد صرحوا بانه لا فرق بين ما اذا غصبها حاملا وبين ما اذا غصبها غير حامل فحبلت فى يد الغاصب فى كون الولد غير مضمون عندنا فكان التعليل المذكور قاصرا عن افادة تمام المسئلة قال صاحب العناية وعورض بان الام مضمونة البتة والاوصاف القارة فى الامهات تسرى الى الاولاد كالحرية والرق والملك فى الشراء وأجيب بان الضمان ليس بصفة قارة فى الام بل هو لزوم حق فى ذمة الغاصب فان وصف به المال كان مجازا اه كلامه وقد سبقه الى ذكر مضمون هذا السؤال والجواب صاحبا النهاية ومعراج الدراية (أقول) فى الجواب نظر لان الضمان مصدر الفعل المتعدى يقال ضمنه ضمانا ولمثل هذا المصدر تعلق بالفاعل وبهذا الاعتبار يصير وصفا له وتعلق بالمفعول به وبهذا الاعتبار يصير وصفا له أيضا وقد صرح به المحقق التفتازانى فى التلويح فى فصل ألفاظ العام وحققه حيث قال ان الفعل المتعدى يحتاج الى المفعول به فى التعقل والوجود جميعا والى المفعول فيه فى الوجود فقط وقال وله تعلق بالفاعل وبهذا الاعتبار هو وصف له وتعلق بالمفعول به وبهذا الاعتبار هو وصف له وقال ولا امتناع فى قيام الاضافيات بالمضافين ورد به قول صاحب الكشف ان الضرب قائم بالضارب لا يقوم بالمضروب لامتناع قيام الوصف الواحد بشخصين فقد ظهر منه أن الضمان كما وصف به الغاصب حقيقة فيقال هو ضامن يوصف به المال أيضا حقيقة فيقال هو مضمون فقول هؤلاء الشراح فان وصف به المال كان مجازا ممنوع جدا وقال صاحب العناية فان قيل قد وجد الضمان فى مواضع ولم تتحقق العلة المذكورة فيها فكان أمارة زيفها وذلك كغاصب الغاصب فانه يضمن وان لم يزل يد المالك بل أزال يد الغاصب وكالملتقط اذا لم يشهد مع القدرة على الاشهاد ولم يزل يدا والمغرور اذا منع الولد يضمن به الولد ولم يزل يدا فى حق الولد ويضمن الاموال بالاتلاف تسبيبا كحفر البئر فى غير الملك وليس ثمة ازالة يد أحد ولا اثباتها فالجواب أن ما قلنا ان الغصب على التفسير المذكور يوجب الضمان مطرد لا محالة وأما أن كل ما يوجب الضمان كان غصبا فلم يلتزم ذلك لجواز أن يكون الضمان حكما نوعيا يثبت كل شخص منه بشخص من العلة مما يكون تعديا الى هنا كلامه (أقول) هذا الجواب ليس بتام لانه انما يفيد أن لو كان المراد بالسؤال المذكور أن قولك الغصب على التفسير المذكور يوجب الضمان غير منعكس لتحقق وجوب الضمان فى الصورة المزبورة بدون تحقق الغصب على التفسير المذكور فيها وأما اذا كان المراد بذلك أن تعليل مسئلتنا بالعلة المذكورة فى الكتاب منتقض بالصورة المزبورة لان حاصل هذه العلة أن تفسير الغصب بما ذكرنا لم يتحقق فى زوائد المغصوب فلم يجب الضمان فيها ولا شك أن ذلك التفسير غير متحقق فى الصورة المزبورة أيضا مع وجوب الضمان فيها فلا يدفع ذلك الجواب المذكور ذلك السؤال كما لا يخفى على الفطن فالاولى فى السؤال والجواب ما فصل فى النهاية ومعراج

(قوله من الارسال) أى فى الحرم (قوله بعد طلب صاحب الحق وهو الشرع) لان الحق فى صيد الحرم للشرع والشرع يطالبه برد الاصل مع ولده الى مأمنه فوجد المنع منه بعد الطلب وهو سبب الضمان (قوله ولو أطلق الجواب) أى لو قيل بوجوب الضمان فى ولد الظبية المخرجة من الحرم اذا هلك قبل التمكن من الارسال فى الحرم وبعد التمكن من الارسال فهو ضمان جناية أى ضمان صيد الحرم ضمان اتلاف معنى الصيدية لانه بالحرم أمن صيدا وذا فى تنفره وبعده عن أيدينا فاثبات اليد عليه يكون اتلافا لمعنى الصيدية وقد تحقق ذلك فى الولد باثبات اليد عليه فاما الاموال فمحفوظة بالايدى فانما يجب الضمان فيها بتفويت الايدى

لجواز أن يكون الضمان حكما نوعيا يثبت كل شخص منه بشخص من العلة مما يكون تعديا (قوله وفى الظبية المخرجة من الحرم) جواب عن قوله كما فى الظبية المخرجة من الحرم ووجه ذلك أن القياس غير صحيح لانه ان قاس عليها قبل التمكن من الارسال فهو ظاهر الفساد لانه لا ضمان فيه عندنا لعدم المنع وان قاس عليها بعد التمكن منه فكذلك لان الضمان فيه باعتبار المنع بعد طلب صاحب الحق وهو الشرع لا باعتبار أن الام مضمونة وعلى هذا الوجه من الجواب أكثر مشايخنا (واذا أطلق) يعنى لو قيل بوجوب الضمان فى ولد الظبية سواء هلك قبل التمكن من الارسال أو بعده (فهو ضمان جناية) أى اتلاف

(قوله لجواز أن يكون الضمان حكما نوعيا الخ) أقول فيه تأمل اذ حينئذ لا يستدل بانتفاء الغصب على انتفاء الضمان كما فى مسئلتنا مع أن المسئلتين الاوليين دلتا على أن مجرد اثبات اليد كاف فى

لانصيد الحرم و زوائده كان آمنا في الحرم صيدا وذلك في بعده عن أيدينا فالوقوع في أيدينا تلف لمعنى الصيدية فيضمن لذلك بمجرد الوقوع في أيدينا (ولهذا يتكرر) الجزاء (بتكرر هذه الجناية) فانه لو أدى الضمان بسبب اخراج الصيد عن الحرم ثم أرسله فيه ثم أخرج ذلك الصيد من الحرم وجب جزاء آخر ويجوز أن يكون معناه يتكرر وجوب الارسال بتكرر هذه الجناية التي هي الاخراج من الحرم (قوله ويجب) يعني الضمان (بالاعانة والاشارة بالنص فلأن يجب بما هو فوقها وهو اثبات اليد على مستحق الامن أولى) قال (وما

ولهذا يتكرر بتكررها ويجب بالاعانة والاشارة فلأن يجب بما هو فوقها وهو اثبات اليد على مستحق الامن أولى وأحرى قال (وما نقصت الجارية بالولادة في ضمان الغاصب فان كان في قيمة الولد وفاء به انجبر النقصان بالولد وسقط ضمانه عن الغاصب) وقال زفر والشافعي لا ينجبر النقصان بالولد لان الولد ملكه فلا يصلح جابرا لملكه كما في ولد الظبية وكما اذا هلك الولد قبل الرد أو ماتت الام وبالولد وفاء وصار كما اذا جز صوف شاة غيره أو قطع قوائم شجر غيره أو خصى عبد غيره أو علمه الحرفة فاضناه التعليم ولنا أن سبب الزيادة والنقصان

الدراية فان شئت فراجعهما (قوله ولهذا يتكرر بتكررها) قال صاحب النهاية في شرح هذا المحل أي يتكرر الجزاء بتكرر هذه الجناية فانه لو أدى الضمان بسبب اخراج الصيد عن الحرم ثم أرسله في الحرم ثم أخرج ذلك الصيد من الحرم يجب ضمان آخر كذا وجدت بخط شيخي ولكن يحتمل أن يكون معناه يتكرر وجوب الارسال بتكرر هذه الجناية التي هي الاخراج من الحرم وهذا أولى لانه أوفق لرواية المبسوط في المناسك حيث جعل هناك ايصال صيد الحرم الى الحرم بمنزلة ايصال المغصوب الى يد المغصوب منه وفي الغصب اذا وصل المغصوب الى المالك كما غصب لا يجب الضمان على الغاصب من شئ ولكن يتكرر وجوب الرد الى المالك بتكرر الغصب فكذا هنا الى هنا لفظ النهاية واقتفى أثره أكثر الشراح في تجويز المعنيين المذكورين ههنا ولكن لم يقل أحد سواه بترجيح المعنى الثاني على الاول ومنهم صاحب العناية حيث قال في شرح هذا المحل ولهذا يتكرر الجزاء بتكرر هذه الجناية فانه لو أدى الضمان بسبب اخراج الصيد عن الحرم ثم أرسله فيه ثم أخرج ذلك الصيد من الحرم وجب جزاء آخر ويجوز أن يكون معناه يتكرر وجوب الارسال بتكرر هذه الجناية التي هي الاخراج من الحرم اهـ كلامه (أقول) لاجواز عندي للمعنى الثاني ههنا أصلا فضلا عن أن يكون هو الاولى كما زعم صاحب النهاية فان قول المصنف يتكرر بتكررها متفرع على قوله فهو ضمان جناية كما ترى ولا يصح هذا التفرع على تقدير حمل قوله يتكرر بتكررها على المعنى الثاني لان تكرر وجوب الارسال بتكرر الاخراج من الحرم لا يكون أمارة على كون ضمان ولد الظبية ضمان جناية لا ضمان غصب فان تكرر وجوب الارسال بتكرر الاخراج من الحرم ينتظم كون ضمان ولد الظبية ضمان جناية وكونه ضمان غصب على السواء كما لا يخفى بل رواية المبسوط في المناسك أوفق لكونه ضمان غصب على ما قرره صاحب النهاية حيث قال جعل هناك ايصال صيد الحرم الى الحرم بمنزلة ايصال المغصوب الى يد المغصوب منه وفي الغصب اذا وصل المغصوب الى المالك كما غصب لا يجب الضمان على الغاصب من شئ ولكن يتكرر وجوب الرد الى المالك بتكرر الغصب فكذا هنا اهـ تدبر تقف (قوله ولنا أن سبب الزيادة والنقصان

لاثبات اليد عليها (قوله ولهذا يتكرر بتكررها) أي يتعدد بتعدد الجناية كما اذا اشترك محرمان في قتل صيد الحرم فعلى كل واحد منهما الجزاء كاملا وقيل تكرر الجزاء بتكرر الجناية وهو أنه لو أدى الضمان بسبب اخراج الصيد عن الحرم ثم أرسله في الحرم ثم أخرج ذلك الصيد من الحرم يجب ضمان آخر ويحتمل أن يكون معناه يتكرر وجوب الارسال بتكرر هذه الجناية التي هي الاخراج من الحرم (قوله كما في ولد الظبية) فان نقصان الظبية المخرجة من الحرم لا ينجبر بالولد (قوله وكما اذا ماتت الام) أي الامة بالولادة (قوله ولنا أن سبب الزيادة والنقصان هو الولادة) لانها أوجبت فوات جزء من مالية الاصل وحدوث مالية

نقصت الجارية بالولادة الخ) ما نقصت الجارية بسبب الولادة في يد الغاصب فهو في ضمان الغاصب فلو غصبها فولدت عنده فات الولد فعليه رد الجارية ورد نقصان الولادة الذي ثبت فيها بسبب الولادة لان الجارية بالغصب دخلت في ضمانه بجميع أجزائها وقد فات جزء مضمون منها فتكون مضمونة عليه كما لو فات كلها فان ردت الجارية والولد وقد نقصت قيمة الجارية وقيمة الولد تصلح أن تكون جابرة لذلك النقصان لم يضمن الغاصب شيأ وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا ينجبر النقصان بالولد لان الولد ملكه فلا يصلح جابرا لملكه كما في ولد الظبية المخرجة من الحرم اذا نقصت قيمتها وقيمة ولدها تساوي ذلك النقصان فانه لا ينجبر بها بل يجب ضمان النقصان مع وجوب ردهما الى الحرم وكما اذا هلك الولد قبل الرد أو ماتت الام وبقيمة الولد وفاء وكما اذا جز صوف شاة غيره فنبت مكانه آخر أو قطع قوائم شجر الغير فنبتت قوائم أخرى مكانها أو خصى عبد غيره فزادت قيمته بسبب الخصاء أو علمه الحرفة فاضناه التعليم فانه لا ينجبر الصوف بالصوف والقوائم بالقوائم ولا ما نقص من الجزء بالخصاء والتعليم بما زاد من القيمة فيه ولنا أن سبب الزيادة

الضمان (قوله فيضمن لذلك بمجرد الوقوع) أقول الاولى أن يقول بتكرر الضمان بدلالة ما قبله وما بعده (قوله معناه يتكرر وجوب الارسال) أقول وعلى هذا يلزم فك الضمائر (قوله فعليه رد الجارية ورد نقصان الولادة الذي ثبت فيها بسبب الولادة) أقول قوله الذي صفة النقصان وضمير فيها راجع الى الجارية وقوله بسبب الولادة متعلق بقوله ثبت (قوله بما زاد من القيمة فيه) أقول قوله بما زاد متعلق بقوله لا ينجبر

واحد وهو الولادة أو العلوق على ما عرف وعند ذلك لا يعد نقصانا فلا يوجب ضمانا وصار كما اذا غصب جارية سمينة فهزلت ثم سمنت أو سقطت ثنيتها ثم نبتت أو قطعت يد المغصوب في يده وأخذ أرشها وأداه مع العبد يحتسب عن نقصان القطع وولد الظبية ممنوع

واحد وهو الولادة أو العلوق على ما عرف) ذهبت جماعة من الشراح وهم أصحاب الكفاية والنهاية ومعراج الدراية الى أن قول المصنف على ما عرف اشارة الى ما يجيء في مسئلة من غصب جارية فزنى بها وذهب بعضهم وهو صاحب غاية البيان الى أنه اشارة الى ما ذكر في طريقة الخلاف واختار صاحب العناية الثاني وذكر الاول أيضا بطريق النقل حيث قال يعني في طريقة الخلاف وقيل في مسئلة من غصب جارية فزنى بها على ما يجيء اه (أقول) لا مجال عندي للحمل على الاول أصلا لان المراد بالسبب ههنا سبب الزيادة والنقصان وبما يجيء في مسئلة من غصب جارية فزنى بها سبب الموت ولا شك أن ما هو سبب لاحدهما لا يصلح أن يكون سببا للآخر أيضا البتة حتى يصح حوالة معرفة أحدهما على معرفة الآخر ألا يرى الى قول المصنف فيما سيأتي وتخريج الثانية أن الولادة ليست بسبب لموت الام اذ لا تفضي اليه غالبا اه فان ذلك صريح في أن الولادة لا تكون سببا لموت الام ويعلم منه دلالة أن العلوق أيضا لا يكون سببا له لان افضاءه الى الموت أبعد من افضاء الولادة اليه كما لا يخفى مع أنه حكم ههنا بان سبب الزيادة والنقصان هو الولادة والعلوق ثم ان المعروف في الحوالة على ما يجيء أن يقال على ما يجيء أو على ما سيعرف بصيغة المضارع وأما أن يقال في مثل ذلك على ما عرف فلم يعرف قط فالوجه هو الحمل على ما عرف في طريقة الخلاف لا غير (قوله وعند ذلك لا يعد نقصانا فلا يوجب ضمانا) لان السبب الواحد لما أثر في الزيادة والنقصان كانت الزيادة خلفا عن النقصان كالبيع لما أزال المبيع عن ملك البائع دخل الثمن في ملكه فكان الثمن خلفا عن مالية المبيع لاتحاد السبب حتى ان الشاهدين اذا شهدا على رجل ببيع شيء بمثل قيمته فقضى القاضي به ثم رجعا لم يضمنا شيأ وهذا لان الفوات الى خلف كلا فوات كذا في الشروح واعترض بانه لم يخرج جواب الخصم عن أصل دليله وهو أن الولد ملك المولى فلا يصلح أن يكون جابرا النقصان وقع في ملكه بل هو على حاله وأجيب بان المصنف أشار الى جوابه بقوله لا يعد نقصانا فانه اذا لم يعد نقصانا لم يحتج الى جابر فاطلاق الجابر عليه توسع هذا زبدة ما في النهاية والعناية (أقول) الجواب منظور فيه فان النقصان أمر محقق لا مجال لانكاره وقوعه اذ وضع مسئلتنا فيما اذا انتقصت الجارية بالولادة ولا نرى وجها لان لا يعد ذلك النقصان المحقق نقصانا سوى انجبار ذلك النقصان بالزيادة التي هي الولد كما يدل عليه كلام الشراح قاطبة في شرح قول المصنف وعند ذلك لا يعد نقصانا كما مر ويدل عليه قوله في أصل المسئلة فان كان في قيمة الولد وفاء به جبر النقصان بالولد وسقط ضمانه عن الغاصب ولو كان اطلاق الجابر عليه توسعا ولم يوجد الجبر حقيقة لم يظهر وجه لان يعد نقصان المغصوب الواقع في يد الغاصب نقصانا موجبا للضمان في سائر المواضع وأن لا يعد نقصانه الواقع في يد الغاصب فيما نحن فيه نقصانا موجبا للضمان عندنا بل يلزم أن يكون ذلك تحكما بحتا وحاشا لائمتنا من ذلك فليتأمل (قوله وصار كما اذا غصب جارية سمينة فهزلت ثم سمنت أو سقطت ثنيتها ثم نبتت) * (أقول) لقائل أن يقول لا اتحاد في السبب في هاتين

الولد لانه وان كان موجودا قبل الانفصال لم يكن مالا حتى لم يجز بيعه وهبته وانما صار مالا مقصودا بالانفصال واذا اتحد سبب الزيادة والنقصان امتنع ظهور النقصان فامتنع الضمان كالبيع فانه يزيل المبيع عن ملكه ويدخل الثمن في ملكه فلا يعد نقصانا حتى لو شهد شاهدان ببيع شيء بمثل القيمة ثم رجعا لم يضمنا شيأ (قوله وهو الولادة أو العلوق على ما عرف) أي عند أبي يوسف رحمه الله سبب النقصان الولادة وعند أبي حنيفة رحمه الله العلوق ويظهر ذلك فيما اذا غصب جارية فحبلت عند الغاصب فردها فماتت بالولادة فعندهما لا يضمن لان سبب الهلاك الولادة وكان ذلك في يد المالك ويضمن عند أبي حنيفة رحمه الله لان سببه العلوق وكان عند الغاصب وقوله على ما عرف اشارة الى هذا (قوله وولد الظبية ممنوع) أي يجبر نقصان الظبية

والنقصان واحد وهو الولادة عندهما والعلوق عند أبي حنيفة رحمه الله على ما عرف ذلك يعني في طريقة الخلاف وقيل في مسئلة من غصب جارية وزنى بها على ما يجيء وعند ذلك لا يعد النقصان نقصانا لان السبب الواحد لما أثر في الزيادة والنقصان كانت الزيادة خلفا عن النقصان كالبيع لما أزال المبيع عن ملك البائع أدخل الثمن في ملكه فكان الثمن خلفا عن مالية المبيع لاتحاد السبب حتى ان الشاهدين اذا شهدا على رجل ببيع شيء بمثل قيمته فقضى القاضي به ثم رجعا لم يضمنا شيأ وهذا لان الفوات الى خلف كلا فوات وصار كما اذا غصب جارية سمينة ثم هزلت ثم سمنت أو سقطت ثنيتها ثم نبتت أو قطعت يد المغصوب في يده وأخذ أرشها وأداه مع العبد يحتسب عن نقصان القطع ولم يعتبر النقصان لكونه الى خلف (قوله وولد الظبية ممنوع) جواب عن قولهما

قال المصنف (أوسقطت ثنيتها ثم نبتت) أقول قال

وتقريره لا نسلم أن نقصان الظبية بالولادة لا ينجبر بقيمة الولد وكذا لا نسلم أن الام اذا ماتت لا تنجبر قيمتها بقيمة أم الولد اذا كان فيها وفاء وهذا المنع على غير ظاهر الرواية وأما تخريجها على الظاهر فهو أن كلا منا فيما اذا كان السبب واحدا وههنا ليس كذلك فان الولادة سبب الزيادة وليست بسبب لموت الام اذ لا تفضى اليه غالبا وروى عن أبى حنيفة رضى الله عنه رواية أخرى وهو أنه يجبر بالولادة قدر نقصان الولادة ويضمن ما زاد على ذلك من قيمة الام لان الولادة لا توجب الموت فالنقصان بسبب الولادة دون موت الام ورد القيمة كرد العين ولو رد عين الجارية كان النقصان مجبورا بالولد فكذا اذا رد قيمتها (وبخلاف ما اذا مات الولد قبل الرد) جواب عن قوله كما اذا هلك الولد قبل الرد ووجهه أن كلا منا فيما اذا رد الام بنقصان الولادة هل ينجبر النقصان برد الولد واذا كان الولد هالكا كيف ينجبر النقصان به والخصاء لا يعد زيادة لانه غرض بعض الفسقة فلم يكن له اعتبار فى الشرع وما وراء ذلك من المسائل فليس فيه اتحاد السبب لما ذكر فى الكتاب فلا يكون متصلا بمحل النزاع فان قيل المذكور جواب المستشهد بها وأصل نكتة الخصم وهو أن الولد ملك المولى فلا يصلح أن يكون جابر النقصان وقع فى ملكه فهو على حاله أجيب بان المصنف رحمه الله أشار الى جوابه بقوله لا يعد نقصانا واذا لم يكن نقصانا لم يحتج الى جابر فاطلاق الجابر عليه توسع فى العبارة فان قيل لو كان الولد خلفا وبدلا عن النقصان لما بقى ملكا للمولى عند ارتفاعه بضمان الغاصب لئلا يجتمع البدلان فى ملك واحد أجيب بانه ملك المولى لا محالة ومن حيث الملك ليس ببدل بل هو بدل من حيث الذات فاذا ارتفع النقصان بطلت الخلافة وبقى فى ملك المولى

وكذا اذا ماتت الام وتخريج الثانية أن الولادة ليست بسبب لموت الام اذ الولادة لا تفضى اليه غالبا وبخلاف ما اذا مات الولد قبل الرد لانه لا بد من رد أصله للبراءة فكذا لا بد من رد خلفه والخصاء لا يعد زيادة لانه غرض بعض الفسقة ولا اتحاد فى السبب فيما وراء ذلك من المسائل لان سبب النقصان القطع والجز وسبب الزيادة النمو وسبب النقصان

الصورتين اذ لا شك أن سبب النقصان وهو الهزال فى الصورة الاولى وسقوط الثنية فى الصورة الثانية يغاير سبب الزيادة وهى السمن فى الاولى ونبت الثنية فى الثانية وقد رد المصنف فيما بعد قياس الخصم على نحو جز صوف شاة وقطع قوائم شجر بعدم الاتحاد فى السبب فى المقيس عليه فكيف تشبث ههنا بالقياس على تينك الصورتين مع عدم الاتحاد فى السبب فيها أيضا ثم أقول فى الجواب ان الفرق باتحاد السبب وعدم اتحاده انما يؤثر فى قدح القياس فى عدم سقوط الضمان كما هو مدعى الخصم اذ لا يلزم من

بالولادة بقيمة الولد فلا يرد نقضا ولئن سلم فهذا الولد لا يصلح أن يكون خلفا عن الجزء الفائت لانه مضمون بنفسه فلم يجز أن يؤدى به ضمان غيره بخلاف مسئلتنا (قوله وكذا اذا ماتت الام) يعنى اذا ماتت الام بالولادة وبقيمة الولد وفاء بنقصان الولادة ينجبر فى رواية فلا يرد نقضا (قوله وتخريج الثانية) أى تخريج الرواية الثانية فى أنه لا ينجبر وهى ظاهر الرواية ان الولادة ليست بسبب لموت الام غالبا فلم يتحد سبب الزيادة والنقصان فلم ينجبر وفى المبسوط فان ماتت الام بالولادة وبالولد وفاء بقيمتها فى هذه المسئلة ثلاث روايات عن أبى حنيفة رحمه الله أنه يبرأ برد الولد لان وجوب الضمان على الغاصب لجبران حق المغصوب منه وذلك حاصل بالوفاء فى قيمة الولد وروى أنه يجبر بالولد قدر نقصان الولادة ويضمن ما زاد على ذلك من قيمة الام لان الولادة لا توجب الموت والنقصان يكون بسبب الولادة فاما موت الام فلا يكون بسبب الولادة ورد القيمة كرد العين ولو رد عين الجارية كان النقصان منجبرا بالولد فكذلك اذا رد قيمتها وفى ظاهر الرواية عليه قيمتها يوم الغصب كاملة لانه لما ماتت تبين أن الولادة كانت موتا من أصله كالجرح اذا اتصل به زهوق الروح يكون قتلا من أصله لا أن يكون جرحا ثم قتلا بناء عليه ومن حيث ان الولادة موت لا تكون موجبة للزيادة وهذه الخلافة بحكم اتحاد السبب فاذا انعدم هنالك لم يكن الولد جابر النقصان بالولادة (قوله اذ لا يفضى اليه غالبا) ولا يقال أفضت فى هذه الصورة فيكون سببا لانا نقول الاصل هو النظر الى أوضاع أسباب التصرفات لا الى أفرادها ألا ترى ان الصبى لا يؤهل للطلاق والعتاق وان تحقق النفع فى صورة لانهما فى الاصل سببان للمضرة (قوله لا بد من رد أصله للبراءة) يعنى الواجب عليه رد الاصل بالصفة التى أخذها وما ردها بتلك الصفة وانما تكون تلك الصفة مع النقصان لو ردها مع الولد الذى هو خلف عن النقصان فاذا لم يرد الولد الذى هو خلف عن النقصان لا يبرأ (قوله والخصاء) الخصاء على فعال هو الصحيح لا يعد زيادة أى فى المالية لانها انما تتحقق

فان قيل الولد عنده أمانة فكيف يكون خلفا عن المضمون فالجواب ما أشار اليه المصنف رحمه الله من عدم عده نقصانا لا تضمينه وهذا الجواب صالح للدفع عن السؤال الثانى أيضا فلله در المصنف ما ألطف ذهنه جزاه الله عن المحصلين خيرا

الزرع أى أو قلعها الغاصب فنبتت مكانها أخرى فردها سقط ضمانها عنه اهـ وفيه أن السبب ليس بمتحد والفرق أن الثنية لا قيمة لها بخلاف القوائم والصوف (قوله أجيب بان المصنف أشار الى جوابه بقوله لا يعد نقصانا الخ) أقول ويجوز أن يجاب بالمنع فانه يجوز بيع المأذون من مولاه وعكسه كما سبق وبيع المضارب من رب المال مع أنه يشترى ماله بماله وقد مر تفصيله فى باب المرابحة والتولية فراجعه (قوله لما بقى ملكا للمولى عند ارتفاعه) أقول فيه بحث (قوله بضمان الغاصب) أقول أى على مذهب زفر والشافعى (قوله بل هو بدل من حيث الذات) أقول فيه بحث

قال (ومن غصب جارية فزنى بها) قال في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في الرجل يغصب الجارية فيزني بها ثم يردها فتحبل فتموت في نفاسها قال هو ضامن لقيمتها يوم علقت وليس عليه في الحرة ضمان وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله لا ضمان عليه في الامة أيضا اذا ماتت في نفاسها بعدما ردها وتابعه المصنف في قوله ثم ردها فحبلت بتقديم الرد على الحبل ووقع في عامة النسخ بتقديم الحبل على الرد ليبان أن الحبل كان موجودا وقت الرد قالا الرد قد صح لانه أوصل الحق الى المستحق وصحته توجب البراءة عن الضمان فان قيل لا نسلم صحته حيث هلكت بسبب كان عنده أجاب بقوله (والهلاك بعده بسبب حدث في يد المالك وهو الولادة) لا بسبب كان عند الغاصب والهلاك بذلك لا يوجب الضمان على الغاصب (كما اذا حمت في يد الغاصب ثم ردها فهلكت أو زنت في يد الغاصب فردها فجلدت فهلكت منه وكمن اشترى جارية قد حبلت عند البائع) ولم يعلم المشتري بالحبل (فولدت عند المشتري وماتت في نفاسها لا يرجع على البائع بالثمن) ولا يضمن الغاصب قيمتها لكن يضمن نقصان الحبل ولابي حنيفة رحمه الله أن الرد لم يكن صحيحا لان الصحيح منه أن يكون على الوجه الذي أخذ ولم يوجدها هنا فانه غصبها وما انعقد فيها سبب التلف وردها وفيها ذلك (فصار كما اذا جنت في يد الغاصب فقتلت بها في يد المالك أو دفعت بها بأن كانت الجناية خطأ فانه يرجع على الغاصب بكل القيمة كذا هذا بخلاف الحرة) اذا زنى بها رجل مكرهة فحبلت وماتت في نفاسها (لانها لا تضمن بالغصب) ولهذا لو هلكت عنده لا يضمن ولا يبقى ضمان الغصب بعد فساد الرد بكونها حبلى (قوله وفي فصل الشراء) جواب عن قولهما كمن اشترى جارية قد حبلت عند البائع

ليبقى

التعليم والزيادة سببها الفهم قال (ومن غصب جارية فزنى بها فحبلت ثم ردها وماتت في نفاسها يضمن قيمتها يوم علقت ولا ضمان عليه في الحرة وهذا عند أبي حنيفة وقالا لا يضمن في الامة أيضا) لهما أن الرد قد صح والهلاك بعده بسبب حدث في يد المالك وهو الولادة فلا يضمن الغاصب كما اذا حمت في يد الغاصب ثم ردها فهلكت أو زنت في يده ثم ردها فجلدت فهلكت منه وكمن اشترى جارية قد حبلت عند البائع فولدت عند المشتري وماتت في نفاسها لا يرجع على البائع بالثمن وله أنه غصبها وما انعقد فيها سبب التلف وردت وفيها ذلك فلم يوجد الرد على الوجه الذي أخذ فلم يصح الرد وصار كما اذا جنت في يد الغاصب جناية فقتلت بها في يد المالك أو دفعت بها بأن كانت الجناية خطأ يرجع على الغاصب بكل القيمة كذا هذا بخلاف الحرة لانها لا تضمن بالغصب

عدم سقوطه عند عدم اتحاد السبب عدم سقوطه عند اتحاده اذ يمكن عند اتحاده أن لا يعد النقصان نقصانا كما ذكروه بخلاف عدم اتحاده اذ لا وجه عنده أصلا لان لا يعد النقصان نقصانا ولا يقدح ذلك الفرق في القياس في سقوط الضمان كما هو مدعانا لانه اذا سقط بالضمان عند عدم اتحاد السبب مع عدم جواز أن لا يعد النقصان هنالك نقصانا فلأن يسقط الضمان عند اتحاد السبب مع جواز أن لا يعد النقصان هنا نقصانا أولى كما لا يخفى فتدبر فانه وجه لطيف في الفرق بين القياسين ولم أسبق الى كشفه وبيانه وقال بعض الفضلاء والفرق أن الثنية لا قيمة لها بخلاف القوائم والصوف اه (أقول) ليس هذا بشئ لان الثنية وان لم يكن لها قيمة الا أن سقوطها يورث نقصانا للجارية بلا ريب والكلام في نقصان الجارية المغصوبة فلا يفيد ذلك الفرق شيأ فيما نحن فيه (قوله والهلاك بعده بسبب حدث في يد المالك وهو الولادة) أقول يرد عليه في الظاهر أنه جعل الولادة ههنا سببا للهلاك وقد صرح فيما مر بأنها ليست بسبب للموت حيث قال وتخريج الثانية أن الولادة ليست بسبب لموت الام اذ لا تفضي اليه غالبا فكان بين الكلامين تدافع فليتأمل في

لرغبة عامة الناس وهي ليست بمرغوب فيه عند العامة وانما هي رغبة بعض الجهال الظانهم أن الخصي كالمحرم ويظهر ذلك فيما اذا غصب غلاما قيمته خمسمائة وخصاه فلما برأ صارت قيمته ألفا فصاحبه بالخيار ان شاء ضمنه قيمته خمسمائة يوم خصاه وان شاء أخذ الغلام ولا شئ له فعلم بهذا أنه لا اعتبار لزيادة القيمة بسبب الخصاء لانه لو كان له اعتبار لوجب على المالك ما زاد الخصاء فيه اذا اختار الاخذ كما في غصب الثوب وصبغه أحمر وقول الشافعي رحمه الله ان ملكه لا يجبر بملكه قلنا نحن نسعى لمنع ظهور النقصان فلا نحتاج الى الجبر (قوله ومن غصب جارية فزنى بها ثم ردها فحبلت) أي ردها فتبين أنها حبلى (قوله وماتت في نفاسها) قيد بالموت في نفاسها ليكون الموت في أثر الولادة (قوله وفي فصل الشراء الواجب ابتداء التسليم) هذا جواب عن قولهما وكمن اشترى جارية قد حبلت عند البائع قيل هو ممنوع ولئن سلم فنقول ليس على البائع هنالك الرد ولكن عليه التسليم لانه يسلم المبيع ابتداء كما وقع عليه العقد وهو أنه مال متقوم وقد وجد ذلك لانه سلمه كما وقع عليه العقد لان العقد يرد على العين لا على الاوصاف ولهذا لا يقابلها شئ من الثمن وموتها في النفاس لا ينعدم التسليم والواجب على الغاصب فسخ فعله وذلك انما يتحقق في الرد كما قبض لان الاوصاف داخلة في الغصب ولهذا لو غصب جارية سمينة فهزلت في يد الغاصب وردها كذلك فانه يضمن النقصان واذا دخلت الاوصاف في

قال المصنف (وردت وفيها ذلك) أقول لا يخفى عليك مخالفة هذا الكلام لما سبق آنفا من وجه الرواية الظاهرة من الامام أن الولادة ليست بسبب لموت الام فتأمل في دفعها قال المصنف (وفي فصل الشراء الواجب الخ) أقول قال الزيلعي وفي فصل الحمى الموت يحصل بزوال القوى وانه يزول بترادف الآلام فلم يكن الموت حاصلا بسبب وجد في يد الغاصب فيجب عليه ضمان قدر ما كان عنده دون الزيادة انتهى وفيه تأمل

طريق الفرق وهو أن في فصل الشراء الواجب على البائع ابتداء التسليم أي تسليم المبيع على الوجه الذي وقع عليه العقد وقد تحقق ذلك منه وموتها بالنفاس لا بعدم التسليم وماذكرناه) من وجوب الرد على الوجه الذي أخذه عليه (شرط لصحة الرد) ولم يوجد فكان تمثيل مالم يوجد بشرطه على ماوجد بشرطه وهو تمثيل فاسد قيل وتحقيقه أن الشراء لم يتناول الا العين اذ الاوصاف لا تدخل في الشراء ولهذا لا يقابلها شئ من الثمن فكان الواجب على البائع تسليم العين الذي هو مال متقوم وقد وجد فلا يرجع المشتري عليه بالهلاك في يده وأما الغصب فالاوصاف داخلة فيه ولهذا لو غصب جارية سمينة فهزلت في يد الغاصب وردها كذلك فانه يضمن النقصان واذا دخلت الاوصاف فيه كان الرد بدونها ردا فاسدا وأما اذا جنت في يد الغاصب فلان سبب الموت مابها من الحمى والضعف وقت الموت ويحتمل أن يكون سببه مادة كانت في يد الغاصب أو حدثت في يد المالك أو مركبة منهما فلا يضاف الى سبب قائم في يد الغاصب بالشك (قوله والزنا سبب) جواب عن قولهما أو زنت في يده الخ وتقريره أن الزنا الذي وجد في يد الغاصب انما أوجب الجلد المؤلم لا الجارح ولا المتلف ولما جلدت في يد المالك بجلد متلف كان غير ما وجب في يد الغاصب فلا يضمن قال (ولا يضمن الغاصب منافع ماغصبه الخ) منافع الغصب غير مضمونة لكن ان نقص باستعماله غرم الغاصب النقصان وقال الشافعي رحمه الله مضمونة بأجر المثل ولا فرق في المذهبين بين التعطيل والاستعمال ويسمى الاول غصبا والثاني اتلافا في شمول العدم عندنا وشمول الوجود عنده وفصل مالك رحمه الله قال ان سكنها فكما قال الشافعي وان عطلها فكما قال أبو حنيفة رحمه الله (للشافعي رحمه الله أن المنافع أموال متقومة) لكونها غير الآدمي خلق لمصلحة الآدمي ويجري فيه الشح والضنة (وتضمن بالعقود) صحيحة كانت أو فاسدة بالاجماع (فكذا بالغصوب) لان العقد لا يجعل غير المتقوم متقوما كما لو ورد على الميتة (ولنا أنها حصلت على ملك الغاصب لانها حدثت في امكانه) أي تصرفه وقدرته وكسبه اذ هي لم تكن حادثة في يد المالك لانها أعراض لا تبقى)

ليبقى ضمان الغصب بعد فساد الرد وفي فصل الشراء الواجب ابتداء التسليم وماذكرناه شرط صحة الرد والزنا سبب للجلد مؤلم لا جارح ولا متلف فلم يوجد السبب في يد الغاصب قال (ولا يضمن الغاصب منافع ماغصبه الا أن ينقص باستعماله فيغرم النقصان) وقال الشافعي يضمنها فيجب أجر المثل ولا فرق في المذهبين بين ما اذا عطلها أو سكنها وقال مالك ان سكنها يجب أجر المثل وان عطلها لاشئ عليه له أن المنافع أموال متقومة حتى تضمن بالعقود فكذا بالغصوب ولنا أنها حصلت على ملك الغاصب لحدوثها في امكانه اذ هي لم تكن حادثة في يد المالك لانها أعراض لا تبقى فيملكها دفعا لحاجته والانسان لا يضمن ملكه كيف وانه لا يتحقق غصبها واتلافها لانه لا بقاء لها

التوجيه (قوله ولنا أنها حصلت على ملك الغاصب لحدوثها في امكانه اذ هي لم تكن حادثة في يد المالك لانها أعراض لا تبقى فيملكها دفعا لحاجته والانسان لا يضمن ملكه) لقائل أن يقول مقتضى هذا الدليل أن

الغصب يكون الرد بدونها ردا فاسدا (قوله وماذكرناه شرط صحة الرد) أي الرد على الوجه الذي أخذ شرط صحة الرد حيث غصبها ولم يوجد فيها سبب التلف وهو الحبل ورد وفيها ذلك (قوله والزنا سبب لجلد مؤلم) أي الزنا الذي وجد في يد الغاصب انما يوجب الجلد المؤلم لا الجلد الجارح ولا المتلف ولهذا يختار سوط لا ثمرة له ولما جلدت في يد المالك بجلد متلف كان هذا غير ما وجب في يد الغاصب فلا يضمن (قوله فلم يوجد السبب) أي سبب التلف أو الجرح في يد الغاصب ثم لو وجد الجلد المتلف في يد المالك كان سببا حادثا حدث في يد المالك فلا يضمن الغاصب وبخلاف الحمى فان الهلاك لم يكن بالسبب الذي كان عند الغاصب بل لضعف الطبيعة عن دفع آثار الحمى المتوالية وذا لا يحصل بأول الحمى عند الغاصب وهي غير موجبة لما كان بعده أما الحبل فيوجب انفصال الولد وانفصال الولد يوجب للام الولادة فما يحدث به يكون مضافا الى السبب الاول (قوله الا أن ينقص باستعماله) انما ذكر الاستعمال لما أن الظاهر ان النقصان انما يحصل بالاستعمال لان الغالب ان الغاصب انما يغصب للاستعمال (قوله ولا فرق في المذهبين بين ما اذا عطلها أو سكنها) أي في حق الحكم وهو عدم الضمان فيهما عندنا والضمان فيهما عند الشافعي رحمه الله (قوله له ان المنافع أموال متقومة) وهذا لان المال اسم لما هو غير نامخلوق لمصالحنا والمنافع بهذه الصفة ولهذا يصلح صداقا والمشروع هو الانتفاع بالمال ألا يرى ان الاجارة من التجارة وهي مبادلة مال بمال والمأذون والشريك يملك الاجارة ولا يملك مبادلة مال بما ليس بمال والاعيان انما كانت أموالا باعتبار ما يتعلق بها من المنافع ولهذا تقل مالية العين اذا قل الانتفاع به فاذا كانت الاعيان أموالا باعتبار منافعها فلا تكون المنافع أموالا بنفسها أولى وهي متقومة لان التقوم عبارة عن العزة والمنافع عزيزة عند الناس ولهذا يبذلون الاعيان لاجلها ألا ترى انها تقوم الاعيان فاستحال أن لا تكون متقومة بنفسها ولان اعتياض المال عن المنفعة صحيح شرعا والاعتياض عما ليس بمتقوم لا يجوز كالخمر وجيفة ميتة (قوله ولنا انها حصلت في ملك الغاصب لحدوثها في امكانه) أي في تصرفه وهذا لانها حدثت بفعله وكسبه في يده والكسب للكاسب لقوله

(قوله أي تسليم المبيع على الوجه الذي وقع عليه العقد الخ) أقول يشترط فيه أيضا تسليمه بوصف السلامة (قوله اذ الاوصاف لا تدخل في الشراء) أقول فيه بحث فانه يرجع عليه بنقصان العيب (قوله من الحمى والضعف) أقول أي ضعف الطبيعة عن دفع آثار الحمى المتوالية (قوله ويحتمل أن يكون سببه الخ) أقول فيه بحث (قوله لانها أعراض لا تبقى) أقول وان بقيت لا تضمن [illegible] لانها ترد مع أصلها

وماحدث فى امكان الرجل فهو فى ملكه دفعا لحاجته فان الملك لم يثبت للعبد الا دفعا لحاجته الى اقامة التكاليف فالمنافع حاصلة فى ملك الرجل والانسان لا يضمن ملك نفسه ولئن سلمنا حدوثها على ملك المالك لكن لا يتحقق غصبها واتلافها وكيف يتحقق ذلك وانه لا بقاء لها ولئن سلمنا تحقق غصبها واتلافها لكن شرط (٢٨٢) الضمان المماثلة والمنافع لا تماثل الاعيان لسرعة فنائها وبقاء الاعيان واعترض بما اذا أتلف ما يسرع اليه الفساد فانه يضمنه بالدراهم التى تبقى فدل على أن المماثلة من حيث الفناء والبقاء غير معتبرة وبما اذا استأجر الوصى لليتيم ما يحتاج اليه بدراهم اليتيم فانه جائز لا محالة ولو كان ماذكرتم صحيحا لما جاز لان القربان الى مال اليتيم لا يجوز الا بالوجه الاحسن وأجيب عن الاول بان المماثلة المعتبرة هى ما تكون بين باق وباق لا بين باق وأبقى فكان السؤال غير وارد وهذا راجع الى أنا نعتبر بين جوهرين لا بين جوهر وعرض ألا يرى أن بيع الثياب بالدراهم جائز وان كان أحدهما يبلى دون الآخر وعن الثانى بما ذكرنا أن شراء الثياب بدراهم اليتيم جائز للوصى مع وجود التفاوت كما ذكرنا فدل على أن القربان الاحسن فى مال اليتيم هو ما لا يعد عيبا فى التصرفات

(قوله وما حدث فى امكان الرجل فهو فى ملكه الخ) أقول الكبرى محتاجة الى البيان (قوله وهذا راجع الى أنا نعتبر بين جوهرين لا بين جوهر وعرض) أقول ويعضده أن الاجسام متماثلة لتركبهما من الجواهر المتجانسة ولا كذلك الجوهر والعرض (قوله الا يرى أن بيع الثياب بالدراهم جائز الخ) أقول فيه بحث فانه يجوز بيع المنافع بالدراهم أيضا فلا يصلح ماذكره للتنوير (قوله هو ما لا يعد عيبا فى التصرفات) أقول ولا يقتضى المماثلة بخلاف وقد ضمان العدوان فانه يبتنى على المماثلة بالنص

ولانها لا تماثل الاعيان لسرعة فنائها وبقاء الاعيان

لا تجب الاجرة على المستأجر فيما اذا حدثت المنافع فى يده كما فى استئجار الدور والاراضى والدواب ونحوها لان الانسان كما لا يضمن ملكه لا يجب عليه الاجرة بمقابلة ملكه مع أنه يجب عليه الاجرة فى ذلك بالاجماع ولم أر أحدا حام حول جواب هذا الاشكال مع ظهور وروده الا صاحب غاية البيان فانه قال والجواب عن مسئلة الايجار قلنا لا تجب الاجرة عندنا بمقابلة المنافع بل بمقابلة التمكين من جهة المالك لانه لما لم يتمكن من استيفاء المنافع الا بتمكينه كان ذلك طريقا الوصول الى استيفاء المنافع فاعطى لما هو وسيلة الى المنفعة حكم المنفعة فى حق وجوب الاجرة باعتبار الحاجة اهـ (أقول) هذا الجواب وان كان يصلح أن يكون مخلصا ههنا الا أنه يستدعى ترك ظاهر كثير مما ذكروا فى كتاب الاجارات كقولهم الاجارة تمليك المنافع بعوض وقولهم والقياس يابى جوازها لان المعقود عليه المنفعة وهى معدومة وقولهم وتنعقد الاجارة ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع لان المعاوضة تقتضى التساوى والملك فى المنفعة التى هى المعقود عليه يقع ساعة فساعة على حسب حدوثها فكذا فى بدلها وهو الاجرة وقولهم والدار أقيمت مقام المنفعة فى حق اضافة العقد اليها ليرتبط الايجاب بالقبول ثم عمله يظهر فى حق المنفعة ملكا واستحقاقا حال وجود المنفعة الى غير ذلك من الاقوال الدالة على كون الاجرة بمقابلة المنافع ولعل تاويل كلها استعسر بل متعذر تأمل تقف * ثم أقول الاولى فى الجواب عندى أن يقال اقتضاء الدليل المذكور عدم وجوب الاجرة على المستأجر فيما اذا حدثت المنافع فى يده انما هو على موجب القياس وقد تقرر فى أول كتاب الاجارات أن القياس يابى جوازها الا أنها جوزت على خلاف القياس بالنص استحسانا لحاجة الناس اليها وأن جوازها عندنا باعتبار اقامة العين التى هى سبب لوجود المنفعة كالدار مثلا مقام المنفعة فى حق صحة الايجاب والقبول فيجوز فى الاجارة أن يجب الاجرة على المستأجر بمقابلة المنافع التى حصلت على ملكه بحدوثها فى يده اذا وقع التراضى عليه باعتبار اقامة العين التى هى ملك المؤجر وسبب لوجود المنفعة مقام المنفعة على موجب الاستحسان بالنص بخلاف الغصب فانه غير جائز قياسا واستحسانا فلا يرتكب فيه ما يخالف القياس فتدبر (قوله ولانها لا تماثل الاعيان لسرعة فنائها وبقاء الاعيان) أقول لقائل أن يقول هذا الدليل انما يدل على ان منافع المغصوب لا تضمن بالاعيان لعدم المماثلة بينهما ولا يدل على أنها لا تضمن بالمنافع المماثلة لها والمدعى عدم مضمونيتها أصلا فلا يتم التقريب ويمكن الجواب عنه بان مبنى تقرير المصنف هذا الدليل على

عليه السلام كل الناس أحق بكسبه ولئن سلمنا حدوثها على ملك المالك فلا يتصور غصبها واستهلاكها فلا يجب عليه ضمان الغصب والاستهلاك لانها اعراض لا تبقى وما لا تبقى لا يتصور غصبه واستهلاكه واتلافه لان اتلاف الشئ أو غصبه انما يرد فى حال بقائه فلما لم تكن المنافع باقية استحال اتلافها وغصبها ولانه اما ان يرد عليها الاتلاف قبل الوجود أو فى حال الوجود أو بعد الوجود لا يجوز الاول لان اتلاف المعدوم محال ولا الثانى لانه لو اعترض على الوجود رفعه فاذا قارنه منعه ضرورة والاتلاف ابطال الوجود لا المنع من الوجود ولا الثالث لانها معدومة فى تلك الحال ولا يتصور اتلاف المعدوم (قوله ولانها لا تماثل الاعيان) أى لا يمكن أن يضمنها لانها لا تماثل الاعيان لان المنافع اعراض لا تبقى وقتين والعين تبقى أوقاتا وبين ما يبقى وما لا يبقى تفاوت عظيم وضمان العدوان مبنى على المماثلة بالنص والاجماع قال الله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى وجزاء سيئة سيئة مثلها ولهذا لا يضمن الجيد بالردىء وما قال الشافعى رحمه الله ان المنافع أموال متقومة قلنا لا

وقد عرفت هذه المآخذ في المختلف ولا نسلم أنها متقومة في ذاتها بل تقوم ضرورة عند ورود العقد ولم يوجد العقد الا أن ما انتقص باستعماله مضمون عليه لاستهلاكه بعض أجزاء العين

الوجه المزبور وتقرير عدم مضمونيتها بالمنافع بالاجماع فكأنه لم يتعرض لنفي هذا الاحتمال لظهوره يرشد الى ذلك تقرير صاحب الكافي هذا الدليل حيث قال ولئن سلمنا تصور غصبها فلا يمكن تضمينها لانها لو صارت مضمونة على الغاصب فاما أن تضمن بالمنافع وهو باطل ولم يقل به أحد أو بالاعيان وهو باطل أيضا لانها لا تماثل الاعيان لان المنافع أعراض لا تبقى وقتين والعين تبقى أوقاتا وبين ما يبقى وما لا يبقى تفاوت عظيم وضمان العدوان مبنى على المماثلة بالنص والاجماع ويرشد اليه أيضا تقرير صاحب غاية البيان ذلك الدليل حيث قال ولان المنافع لو كانت مضمونة على الغاصب لا يخلو اما أن تكون مضمونة بامثالها من المنافع أو بغيرها من الاعيان كالدراهم والدنانير فلا يجوز أن تكون مضمونة بالامثال وهى المنافع لانه لا قائل بذلك ولا يجوز أن تكون مضمونة بالاعيان لعدم المماثلة والمماثلة شرط فى ضمان العدوان بقوله تعالى فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم اه قال صاحب العناية واعترض بما اذا أتلف ما يسرع اليه الفساد فانه يضمنه بالدراهم التى تبقى فدل على أن المماثلة من حيث الفناء والبقاء غير معتبرة وبما اذا استأجر الوصى لليتيم ما يحتاج اليه بدراهم اليتيم فانه جائز لا محالة ولو كان ما ذكرتم صحيحا لما جاز لان القربان الى مال اليتيم لا يجوز الا بالوجه الاحسن وأجيب عن الوجه الاول بان المماثلة المعتبرة هى ما تكون بين باق وباق لا بين باق وأبقى فكان السؤال غير وارد وهذا راجع الى أنها تعتبر بين جوهرين لا بين جوهر وعرض ألا يرى أن بيع الثياب بالدراهم جائز وان كان أحدهما يبلى دون الآخر وعن الثانى بما ذكرنا ان شراء الثياب بدراهم اليتيم جائز للوصى مع وجود التفاوت كما ذكرنا فدل على أن القربان بالاحسن فى مال اليتيم هو ما لا يعد عيبا فى التصرفات اه كلامه (أقول) فيما ذكره فى كل من الجوابين شئ أما فى الاول فلان تنويره بقوله ألا يرى أن بيع الثياب بالدراهم جائز وان كان أحدهما يبلى دون الآخر ليس بصحيح لان جواز نوع من التفاوت بين البدلين فى البيع لا يدل على جواز ذلك فى ضمان العدوان لان للعقد والرضا تأثيرا فى تجويز كثير من التفاوت وعن هذا قالوا يجوز بيع عبد قيمته ألف بالوف ولا يجوز ذلك التفاوت فى ضمان العدوان قطعا ألا يرى أن التفاوت بين جوهر وعرض يجوز أيضا بالعقد كما اذا استأجر منفعة دار مثلا بدراهم معينة مع ان المماثلة المعتبرة فى ضمان العدوان لا تتصور بين جوهر وعرض كما صرح به وأما فى الثانى فلان جواز شراء الثياب بدراهم اليتيم للوصى لا يدل على جواز استئجار الوصى لليتيم ما يحتاج اليه بدراهمه لان التفاوت فى الاول بين جوهر وجوهر وهو تفاوت غير فاحش والتفاوت فى الثانى بين جوهر وعرض وهو تفاوت فاحش ولا شك ان جواز تصرف الوصى فى مال اليتيم بالتفاوت الغير الفاحش لا يدل على جواز تصرفه فيه بالتفاوت الفاحش ألا يرى أن التفاوت الفاحش الذى بين جوهر وعرض يمنع المماثلة المعتبرة فى ضمان العدوان دون التفاوت الغير الفاحش الذى بين جوهر وجوهر فلم لا يجوز أن يكون الامر فى تصرف الوصى فى مال اليتيم أيضا كذلك فمن أين ثبت دلالة جواز شراء الثياب بدراهم اليتيم للوصى على أن القربان بالاحسن فى مال اليتيم هو مجرد ما لا يعد عيبا فى التصرفات نعم يجوز أن يكون المراد بالقربان بالاحسن فى قوله تعالى ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتى هى أحسن ذلك المعنى لكنه انما يعرف بدليل آخر لا بما ذكر من جواز شراء الثياب بدراهم اليتيم للوصى (قوله وقد عرفت هذه المآخذ فى المختلف) قال صاحب العناية فى تفسير هذه المآخذ أى العلل التى هى مناط الحكم

نسلم ذلك لان صفة المالية للشئ انما تثبت بالتمول والتمول صيانة الشئ وادخاره لوقت الحاجة لا عن الانتفاع بالاتلاف لان الاكل والشرب لا يسمى تمولا لان المال اسم لما هو مخلوق لاقامة مصالحنا به ولكن باعتبار صفة التمول والادخار لوقت الحاجة فالمنافع لا تبقى وقتين لانها اعراض كما تخرج من حيز العدم الى الوجود تتلاشى فلا يتصور فيها التمول ولئن سلمنا ان لها حكم المال ليس لها صفة التقوم لان التقوم لا يسبق الوجود لان التقوم

(وقد عرفت هذه المآخذ) أى العلل التى هى مناط الحكم أو ما ذكره أولا بقوله لانها حصلت فى ملك الغاصب وثانيا بقوله انها لا يتحقق غصبها واتلافها وثالثا بقوله لانها لا تماثل الاعيان الى آخره (فى المختلف) يعنى فى مختلف أبى الليث قوله (ولا نسلم أنها متقومة) جواب عن قوله المنافع أموال متقومة وتقريره أنا لا نسلم أنها متقومة فى ذاتها لان التقوم لا يسبق الوجود والاحراز وذلك فيما لا يبقى غير متصور بل يتقوم لضرورة دفع الحاجة (عند ورود العقد) عليها بالتراضى ولا عقد فى المتنازع فيه (الا أن) أى لكن (ما ينقص باستعماله مضمون عليه لاستهلاكه بعض أجزاء العين) والله أعلم

(قوله أو ما ذكره أولا بقوله لانها حصلت الخ) أقول فيه بحث

أو ماذكره أولا بقوله لانها حصلت فى ملك الغاصب وثانيا بقوله انه لا يتحقق غصبها واتلافها وثالثا بقوله لانها لا تماثل الاعيان الخ اه (أقول) فيه نوع خلل لانه قال أو ماذكره بكلمة أو وهى لاحد الامرين ولاشك أن العلل التى كانت مناط الحكم ههنا وأشار اليه المصنف بهذه المآخذ هى ماذكره أولا وثانيا وثالثا باقواله المزبورة لا أمر آخر فكيف يصح العطف بكلمة أو وقال صاحب الغاية ههنا أراد بالمآخذ العلل التى هى مناط الحكم وأراد بالمآخذ ماذكره أولا بقوله انها حصلت فى ملك الغاصب وثانيا انه لا يتحقق غصبها واتلافها وثالثا انه لا تماثل الاعيان والشرط فى ضمان العدوان المماثلة بالنص اه أقول يرد على ظاهره أن العلل التى هى مناط الحكم ههنا هى ماذكره المصنف أولا وثانيا وثالثا بعينه كما عرفته آنفا فما معنى قول هذا الشارح أراد بالمآخذ هذا وأراد به ذاك والعطف يقتضى التغاير بين المعطوفين لكن يمكن توجيهه بان يكون مقصوده بقوله أراد بالمآخذ العلل التى هى مناط الحكم تفسير معنى المآخذ ههنا وبقوله وأراد بالمآخذ ماذكره الخ تفسير ماصدق عليه المآخذ ههنا وتعيينه فكأنه قال أراد بمعنى المآخذ ههنا هذا وأراد بما صدق عليه المآخذ ههنا ذاك والمغايرة بين المفهوم وماصدق عليه ظاهرة فيصح العطف الا أنه لو قال فى الثانى وأراد بهذه المآخذ ماذكره الخ لكان أحسن لكونه أدل عن ارادة ماصدق عليه المآخذ كما لا يخفى على الفطن * ثم أقول بقى فى هذا المقام بحث قوى وهو أنه قد صرح فى معتبرات الفتاوى بان منافع الغصب مضمونة عندنا أيضا فى الوقف ومال اليتيم وما كان معدا للاجارة مع أن العلل المذكورة التى هى مناط الحكم بعدم ضمان منافع الغصب جارية بعينها فى تلك الصور أيضا (فان قلت) العلل المذكورة على وفق القياس والقول بضمان المنافع فى تلك الصور موجب الاستحسان نظرا للوقف ومال اليتيم ونحو ذلك ويجوز ترك القياس بالاستحسان (قلت) ذلك فيما يتصور و يمكن وتلك العلل بعضها يدل على عدم تصور الغصب والعدوان فى المنافع و بعضها يدل على عدم امكان تضمين المنافع بالاعيان لعدم المماثلة بينهما وبناء ضمان العدوان على المماثلة بالنص والاجماع فاجراء الاستحسان فى خلاف ذلك مشكل جدا

(فصل فى غصب مالا يتقوم) قال صاحب النهاية لما فرغ من بيان أحكام غصب ما يتقوم وهو الاصل لان الغصب بحده الذى ذكرناه انما يتحقق فيه شرع فى بيان أحكام غصب مالا يتقوم باعتبار عرضية أن يصير متقوما اما باعتبار ديانة المغصوب منه بانه متقوم أو بتغيره فى نفسه الى التقوم اه كلامه وقد اقتفى أثره صاحب العناية (أقول) لا يذهب عليك أنه لا حاجة هنا الى المصير الى اعتبار عرضية أن يصير مالا يتقوم متقوما باحد الاعتبارين المذكورين بل لا وجه له عند النظر الدقيق لان المبين فى هذا الفصل ضمان مالا يتقوم فى بعض المسائل وعدم ضمانه فى بعضها ففى مالا ضمان فيه كما لا فى خمر المسلم وخنزيره لا وجه لاعتبار عرضية أن يصير متقوما باعتبار ما أصلا فان اعتبار عرضية أن يصير متقوما مما لا تأثير له فى حكم عدم الضمان قطعا بل له نوع اباء عنه ولعل بعض الشراح تنبه لهذا فترك حديث اعتبار عرضية أن يصير متقوما منهم الشارح الكاكى حيث قال لما فرغ من بيان غصب ما يتقوم اذ هو الاصل شرع فى بيان غصب مالا يتقوم اه ومنهم الشارح الاتقانى حيث قال لما فرغ من بيان غصب ما يتقوم وهو الاصل شرع فى بيان غصب مالا

(فصل فى غصب مالا يتقوم) لما فرغ من بيان ما هو الاصل وهو غصب ما يتقوم لتحقق الغصب فيه حقيقة بين غصب مالا يتقوم باعتبار عرضية أن يصير متقوما اما باعتبار ديانة المغصوب منه بتقومه أو بتغيره فى نفسه الى التقوم

(فصل فى غصب مالا يتقوم)

انما يكون بعد الاحراز ألا ترى ان الصيد والحشيش غير متقوم قبل الاحراز وان كان عينا والاحراز بعد الوجود لا يتحقق فيما لا يبقى وقتين فلا يكون متقوما وانما يثبت حكم التقوم للمنفعة شرعا عند ورود العقد عليها باعتبار اقامة العين مقام المنفعة للضرورة والحاجة فبطلت المقايسة لان للرضا أثرا فى ايجاب الاصول والفصول جميعا فالمال يجب بالشرط مقابلا بغير مال ويجوز بيع عبد قيمته ألف بالوف وشىء من ذلك لا يثبت بالعدوان وكل قياس لا يقوم الا بوصف به يقع الفرق بين الاصل والفرع فهو باطل والله أعلم بالصواب

(فصل فى غصب مالا يتقوم)

قال

(قال وان أتلف المسلم خمر الذمي أوخنزيره الخ) هذه المسئلة على أربعة أوجه اتلاف المسلم خمر المسلم واتلاف الذمي خمر المسلم واتلاف الذمي خمر الذمي واتلاف المسلم خمر الذمي ولاضمان على المتلف في الاولين بالاجماع وأما في الآخرين فعليه الضمان عندنا خلافا للشافعي رحمه الله وعلى هذا الخلاف اذا باعها الذمي من الذمي جاز البيع عندنا خلافا له قال (سقط تقومها في حق المسلم بلاخلاف فكذا في حق الذمي لانهم أتباع لنا في الاحكام) قال صلى الله عليه وسلم اذا اقبلوا عقد الذمة فأعلموهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين واذا سقط تقومها (فلا يجب باتلافهما مال متقوم وهو الضمان) أي ما يضمن به (ولنا أن التقوم باق في حقهم اذ الخمر لهم كالخل لنا والخنزير عندهم كالشاة عندنا) دل على ذلك قول عمر رضي الله عنه حين سأل عماله ماذا تصنعون بما يمر به أهل الذمة من الخمور فقالوا نعشرها قال لا تفعلوا ولوهم بيعها وخذوا العشر من أثمانها فقد جعلها مالا متقوما في حقهم حيث جوز بيعها وأمر بأخذ العشر من ثمنها ولم يفعل ذلك الا لتدينهم بذلك

قال المصنف (واذا أتلف المسلم خمر الذمي أوخنزيره ضمن) أقول في شرح الكافي لصدر الاسلام لو أتلف مسلم على ذمي خنزيرا على قول أبي حنيفة لا يضمن شيأ وعلى قول أبي يوسف ومحمد يضمن قيمته قال الاتقاني وهذا خلاف ما ذكره القدوري في مختصره وفي شرحه لمختصر الكرخي ولكنه قياس قول أبي حنيفة الذي مر قبيل باب نكاح الرقيق فراجعه قال المصنف (وعلى هذا الخلاف اذا أتلفهما ذمي على ذمي) أقول ولقد أحسن حيث أتى في المسلم باللام وفي الذمي بعلى (قوله دل على ذلك قول عمر الى قوله لا تفعلوا الخ) أقول قوله لا تفعلوا مقول قول

قال (واذا أتلف المسلم خمر الذمي أوخنزيره ضمن قيمتهما فان أتلفهما المسلم لم يضمن) وقال الشافعي لا يضمنهما للذمي أيضا وعلى هذا الخلاف اذا أتلفهما ذمي على ذمي أو باعهما الذمي من الذمي له أنه سقط تقومهما في حق المسلم فكذا في حق الذمي لانهم أتباع لنا في الاحكام فلا يجب باتلافهما مال متقوم وهو الضمان ولنا أن التقوم باق في حقهم اذ الخمر لهم كالخل لنا والخنزير لهم كالشاة لنا

يتقوم كالخمر والخنزير في حق المسلم هل يجب به الضمان أم لا اهـ (قوله ولنا أن التقوم باق في حقهم اذ الخمر لهم كالخل لنا والخنزير لهم كالشاة لنا) أقول فيه اشكال من وجهين أحدهما أن الخصم قال انهم اتباع لنا في الاحكام وتمسك بقوله عليه الصلاة والسلام اذا قبلوا عقد الذمة فاعلمهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين كما صرح به في الكافي وعامة الشروح فكيف يتم التعليل بان التقوم باق في حقهم في مقابلة ذلك الحديث الدال على كونهم أتباعا لنا في الاحكام والتعليل في مقابلة النص غير صحيح على ما عرف في علم الاصول (فان قلت) نحن أمرنا أن نتركهم وما يدينون كما ذكر في أثناء التعليل من قبلنا فيدل النص المتضمن لهذا الامر وهو قوله عليه الصلاة والسلام اتركهم وما يدينون على مدعانا ههنا (قلت) للخصم أن يقول المراد بما يدينون الديانات دون المعاملات وما نحن فيه من المعاملات ولئن سلم العموم للمعاملات أيضا فيتحقق التعارض بين النصين فمن أين يثبت الرجحان والثاني انه قد تقرر في علم الاصول انه لا اختلاف في أن الكفار مخاطبون بالايمان والعقوبات والمعاملات وبالعبادات أيضا في حق المؤاخذة في الآخرة وأما في حق وجوب الاداء في الدنيا فمختلف فيه وما نحن فيه من المعاملات فينبغي أن يكونوا مخاطبين بالخطاب الدال على عدم تقوم الخمر والخنزير أيضا * ثم أقول يمكن الجواب عن كل واحد منهما أما عن الاول فبأن يقال ما نحن فيه مخصص بالاجماع من عموم النص الدال على كونهم أتباعا لنا في الاحكام فان عمر رضي الله عنه حين سأل عماله ماذا تصنعون بما يمر به أهل الذمة من الخمور فقالوا نعشرها قال لا تفعلوا ولوهم بيعها وخذوا العشر من أثمانها فقد جعلها مالا متقوما في حقهم حيث جوز بيعها وأمر بأخذ العشر من ثمنها ولم ينكره أحد فحل محل الاجماع وقد صرح به بعض الشراح وأما عن الثاني فبان يقال كون الكفار مخاطبين بالمعاملات ونحوها فيما يحتمل الخطاب التعميم لهم أيضا وأما فيما لا يحتمله فلا يكونون مخاطبين بذلك قطعا وما نحن فيه من قبيل الثاني لان الخمر كانت متقومة في شريعة من قبلنا وفي صدر شريعتنا والاصل أن ما ثبت يبقى الى أن يوجد المزيل والمزيل وهو قوله تعالى رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه وجد في حقنا بدليل السباق والسياق فبقي في حق من لم يدخل تحت هذا الخطاب على ما كان من قبل كما صرح به في الكافي والكفاية فلم يبق مجال التعميم للكفار أيضا وكذا الحال في الخنزير على ما حققه صاحب غاية البيان حيث قال تحقيق ذلك أن الخمر والخنزير كانا حلالين في الامم الماضية وكذا في حق هذه الامة في ابتداء الاسلام ثم ورد الخطاب بالحرمة خاصا في حق المسلمين فكانا حراما عليهم وبقيا حلالا على الكفار كنكاح المشركات كان حلالا في حق الناس كافة ثم ورد التحريم خاصا في حق المسلمين فبقي حلالا في حق الكفار فكذا ههنا ألا يرى الى خطاب الله تعالى المؤمنين في سورة المائدة بقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا انما الخمر والميسر والانصاب والازلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون والمؤمن هو الذي يفلح اذا اجتنب الخمر وقال تعالى حرمت عليكم الميتة والدم ولحم

(قوله اذ الخمر لهم كالخل لنا) وهذا لان الخمر مال متقوم في حق أهل الذمة لانها كانت متقومة في شريعة من قبلنا

ونحن أمرنا بان نتركهم ومايدينون والسيف موضوع فيتعذر الالزام واذا بقي التقوم فقد وجد اتلاف مال مملوك متقوم فيضمنه

الخنزير والى هنا لفظ غاية البيان ثم ان التحقيق الذي لا محيد عنه ههنا ماذكره صاحب البدائع حيث قال وأما الكلام في المسئلة من حيث المعنى فبعض مشايخنا قالوا الخمر مباح في حق أهل الذمة وكذا الخنزير فالخمر في حقهم كالخل في حقنا والخنزير في حقهم كالشاة في حقنا في حق الاباحة شرعا فكان كل واحد منهما مالا متقوما في حقهم ودليل الاباحة في حقهم أن كل واحد منهما منتفع به حقيقة صالح لاقامة مصلحة البقاء والاصل في أسباب البقاء هو الاطلاق الا أن الحرمة في حق المسلم ثبتت نصا غير معقول المعنى أو معقولا لمعنى لا يوجد ههنا أو يوجد لكنه يقتضي الحل لا الحرمة وهو قوله تعالى انما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء في الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة لان الصد لا يوجد في الكفرة والعداوة فيما بينهم واجب الوقوع لانها سبب المنازعة والمنازعة سبب الهلاك وهذا يوجب الحل لا الحرمة فلا تثبت الحرمة في حقهم وبعضهم قالوا ان الحرمة ثابتة في حقهم كما هي ثابتة في حق المسلمين لان الكفار مخاطبون بشرائع هي حرمات عندنا هو الصحيح من الاقوال على ماعرف في أصول الفقه وعلى هذا طريق الضمان وجهان أحدهما أن الخمر وان لم تكن مالا متقوما في الحال فهي بعرض أن تصير مالا متقوما في الثاني بالتخلل والتخليل ووجوب ضمان الغصب والاتلاف يعتمد كون المحل المغصوب والمتلف مالا متقوما في الجملة ولا يقف على ذلك الحال ألا يرى أن المهر والجحش ومالا منفعة له في الحال مضمون بالغصب والاتلاف والثاني ان الشرع منعنا عن التعرض لهم بالمنع عن شرب الخمر وأكل الخنزير بحسب ماروي عن علي رضي الله عنه انه قال أمرنا أن نتركهم ومايدينون ومثله لا يكذب وقد دانوا شرب الخمر وأكل الخنزير فلزمنا ترك التعرض لهم في ذلك ونفي الضمان بالغصب والاتلاف يفضي الى التعرض لان السفيه اذا علم انه اذا غصب أو أتلف لا يؤاخذ بالضمان يقدم على ذلك وفي ذلك منعهم والتعرض لهم من حيث المعنى والله أعلم الى هنا لفظ البدائع (قوله ونحن أمرنا بان نتركهم ومايدينون) أقول للقائل أن يقول فلم لا نتركهم ومايدينون في بعض الامور كاحداث البيعة والكنيسة وكركوب الخيل وحمل السلاح فانهم يمنعون منها على مامر في كتاب السير والجواب أن أمثالها مستثنى مما يدينون بدلائل ذكرت في موضعها كما أن الربا مستثنى من عقودهم بقوله عليه الصلاة والسلام ألا من أربى فليس بيننا وبينه عهد على ماسيأتي بيانه عن قريب قال صاحب العناية أخذا من النهاية ونوقض بما اذا مات المجوسي عن ابنتين احداهما امرأته فانها لا تستحق بالزوجية شيأ من الميراث مع اعتقادهم صحة ذلك النكاح وصحة النكاح توجب توريث المرأة من زوجها في جميع الاديان اذا لم يوجد المانع ولم يوجد في ديانتهم ثم لم نتركهم ومايدينون وأجيب بانا لا نسلم أنهم يعتقدون التوريث بانكحة المحارم فلا بد له من بيان اه واعترض بعض الفضلاء على الجواب حيث قال فيه أن مراد الناقض انا اذا حكمنا بينهم على شرع الاسلام بطلبهم ذلك لا نورثها اه (أقول) ليس فيما ذكره كبير حاصل اذ مراد المجيب أيضا أن عدم توريثنا اياها اذا حكمنا بينهم على شرع الاسلام بطلبهم ذلك لعدم ثبوت اعتقادهم التوريث بانكحة المحارم نعم يعتقد المجوسي صحة نكاح المحارم وليس من ضرورة اعتقاد صحة النكاح اعتقاد استحقاق الميراث ألا يرى أن الميراث يمتنع بالرق واختلاف الدين مع صحة النكاح وقد صرح بهذا التفصيل في النهاية وان أراد ذلك القائل أنهم لو اعتقدوا التوريث بانكحة المحارم وطلبوا ذلك لم نحكم بينهم بذلك أيضا على شرع الاسلام فلا فائدة فيه لان مايضرنا انما هو النقض بما هو أمر واقع لا بما هو فرض محض * ثم أقول بقي ههنا كلام آخر

(ونحن أمرنا بان نتركهم ومايدينون) يعني لا نعادلهم على الترك (والسيف موضوع) يعني لا يجبرون على الترك بالالزام بالسيف لعقد الذمة وحينئذ تعذر الالزام على ترك التدين فبقي التقوم في حقهم واذا بقي فقد وجد اتلاف مال مملوك متقوم وذلك يوجب الضمان بالنص فيضمنه ونوقض بما اذا مات المجوسي عن ابنتين احداهما امرأته فانها لا تستحق بالزوجية شيأ من الميراث مع اعتقادهم صحة ذلك النكاح وصحة النكاح توجب توريث المرأة من زوجها في جميع الاديان اذا لم يوجد المانع ولم يوجد في ديانتهم ثم لم نتركهم ومايدينون وأجيب بانا لا نسلم أنهم يعتقدون التوريث بانكحة المحارم فلا بد له من بيان

(قوله لا نعادلهم على الترك الخ) أقول أي ترك مايدينون (قوله وأجيب بانا لا نسلم أنهم يعتقدون التوريث الخ) أقول فيه أن مراد الناقض انا اذا حكمنا بينهم على شرع الاسلام لطلبهم ذلك لا نورثها

وفي صدر شريعتنا والاصل ان ماثبت يبقى الى أن يوجد المزيل والمزيل وهو قوله تعالى رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه وجد في حقنا بدليل السياق والسباق فبقي في حق من لم يكن يدخل تحت هذا الخطاب على ما كان قبل ولان حرمة العين وفساد التقوم ثبتا بخطاب الشرع وقد أمرنا أن نتركهم ومايدينون لمكان

بخلاف

بخلاف الميتة والدم لان أحدا من أهل الاديان لايدين تمولهما الا أنه تجب قيمة الخمر وان كان من ذوات الامثال لان المسلم ممنوع عن تملكه لكونه اعزازاله بخلاف ما اذا جرت المبايعة بين الذميين لان الذمي غير ممنوع عن تمليك الخمر وتملكها وهذا بخلاف الربا لانه مستثنى عن عقودهم وبخلاف العبد المرتد يكون للذمي لانا ماضمنا لهم ترك التعرض له لمافيه من الاستخفاف بالدين وبخلاف متروك التسمية عامدا اذا كان لمن يبيحه لان ولاية المحاجة ثابتة

وهو أن للسائل أن يورد النقض حينئذ بمسلم مات عن زوجة كافرة فانها لا تستحق شيا من الميراث عندنا لاختلاف الدينين مع ان وجوب توريث الزوجة من زوجها مقرر في جميع الاديان اذا لم يوجد مانع والظاهر أن الكفر ليس بمانع عن الارث في اعتقاد الكفرة ولم نتركهم ومايدينون هنالك فتأمل في الجواب (قوله وهذا بخلاف الربا) متعلق بقوله لان الذمي غير ممنوع عن تمليك الخمر وتملكها كذا قاله جماعة من الشراح وقال صاحب العناية بعد نقل ذلك والاولى أن يتعلق بقوله نحن أمرنا أن نتركهم ومايدينون الخ لاتساق مابعده من العطف حينئذ اهـ (أقول) تعلقه بماذكره صاحب العناية غير ظاهر السداد لان كلمة هذا مع كونها مما يأبى ذلك جدا لا يستقيم أن يكون الربا من خلاف قوله نحن أمرنا أن نتركهم ومايدينون لان الربا لما كان مستثنى من عقودهم وكان ذلك فسقا منهم لاتدينا لثبوت حرمة الربا في دينهم بقوله تعالى وأخذهم الربا وقدنهوا عنه كما صرحوا به قاطبة حتى صاحب العناية نفسه لم يكن منعنا اياهم عن الربا مخالفا لقوله نحن أمرنا أن نتركهم ومايدينون كما لايخفى على ذي مسكة وعلى تقدير أن يكون قول المصنف وهذا بخلاف الربا متعلقا بقوله نحن أمرنا أن نتركهم ومايدينون يصير المعنى وهذا أي قوله ونحن أمرنا أن نتركهم ومايدينون ملتبس بخلاف الربا وليس هذا المعنى بسديد لعدم ملابسة الخلاف بينهما كما بينا آنفا وأما على تقدير أن يكون قوله وهذا بخلاف الربا متعلقا بقوله لان الذمي غير ممنوع عن تمليك الخمر وتملكها كما ذهب اليه جماعة من الشراح فيصير المعنى وهذا أي عدم كون الذمي ممنوعا عن تمليك الخمر وتملكها ملتبس بخلاف الربا لكونهم ممنوعين عن الربا ولايخفى أن هذا المعنى سديد وان كلمة هذا التي يشار بها الى القريب في محلها حينئذ وقال بعض الفضلاء بل الاولى أن يتعلق بقوله فيضمنه والاشارة الى ماذكر من الخمر والخنزير اهـ (أقول) هذا أقبح مما قاله صاحب العناية لانه ان كانت الاشارة بهذا الى الخمر والخنزير بتاويل ماذكر كما زعمه يصير المعنى وهذا أي ماذكر من الخمر والخنزير ملتبس بخلاف الربا فلا يبقى لتعلق قوله وهذا بخلاف الربا بقوله فيضمنه معنى وان صير الى التقدير بان يقال المراد وهذا بخلاف الربا في الضمان فيحصل نوع تعلق بقوله فيضمنه فلا يكون سديدا أيضا لان الضمان انما يتصور في الاتلاف ومسئلة الربا مما لامساس له بذلك تدبر تفهم (قوله وبخلاف متروك التسمية لمن يبيحه لان ولاية المحاجة ثابتة) قال في العناية يعني لما أمرنا

عقد الذمة فقصر الخطاب بحيث لم يعتقدوا رسالة المبلغ وانقطعت ولاية الالزام بالسيف أو المحاجة لمكان عقد الذمة فصار كان الخطاب غير نازل في حقهم فبقي الحكم على ما كان (قوله بخلاف الميتة والدم) والمراد بالميتة هي التي ماتت حتف أنفها حتى لو ماتت بالضرب أو بالخنق يضمنه المسلم عند أبي حنيفة رحمه الله خلافا لمحمد رحمه الله (قوله بخلاف الربا) لانه مستثنى عن عقودهم فانه يتعرض لهم في ابطال عقود الربا لانا لم نضمن لهم ترك التعرض في ذلك مع قول رسول الله عليه السلام الا من أربى فليس بيننا وبينه عهد وهذا لان ذلك فسق منهم في الاعتقاد لاديانة فقد ثبت بالنص حرمة الربا في اعتقادهم قال الله تعالى واخذهم الربا وقدنهوا عنه (قوله وبخلاف العبد المرتد يكون للذمي) فانه يقتل لانا ماضمنا لهم ترك التعرض له أي للعبد المرتد لهم لمافيه من الاستخفاف بالدين (قوله وبخلاف متروك التسمية) أي عمدا اذا كان لمن يبيحه وهو الشافعي رحمه الله ومن

وقوله (بخلاف الميتة والدم) جواب لمقيس عليه الشافعي رحمه الله لم يذكره في الكتاب (لان أحدا من أهل الاديان لايدين تمولهما الا أنه تجب قيمة الخمر وان كانت مثلية) وتذكير الضمير في الكتاب بتأويل الشراب أو المذكور (لان المسلم ممنوع عن تمليكه لكونه اعزازاله) بخلاف أهل الذمة فانهم غير ممنوعين عن تمليكها وتملكها فان جرت بينهما مبايعة جاز لهم التمليك والتملك وان استهلكها بعضهم لبعض جاز تسليم مثلها وتسلمه (قوله وهذا بخلاف الربا) متعلق بقوله لان الذمي غير ممنوع عن تمليك الخمر كذا قيل والاولى أن يتعلق بقوله نحن أمرنا أن نتركهم ومايدينون الى آخره لاتساق مابعده من العطف حينئذ (وقوله لانه مستثنى من عقودهم) يعني بعد الجواز لقوله صلى الله عليه وسلم الا من أربى فليس بيننا وبينه عهد وذلك لانه فسق منهم لاتدين لثبوت حرمة الربا في دينهم قال الله تعالى وأخذهم الربا وقدنهوا عنه (وبخلاف العبد المرتد للذمي) فان المسلم اذا أتلفه لايضمن شيأ وان كان اعتقاد الذمي ان العبد المرتد مال متقوم وهو أيضا في الحقيقة مقيس عليه الشافعي رحمه الله ووجه الجواب (أنا ماضمنا لهم ترك التعرض) للعبد المرتد للذمي (لمافيه) أي في ترك التعرض (من الاستخفاف بالدين) بالترك والاعراض عنه واستشكل هذا التعليل بما اذا أتلف على نصراني صليبا فانه يضمن قيمته صليبا وفي ترك التعرض استخفاف بالدين وأجيب بان ذلك كفر أصلي فالنصراني مقر على ذلك بخلاف الارتداد (وقوله بخلاف متروك التسمية

(قوله قوله وهذا بخلاف الربا متعلق بقوله لان الذمي غير ممنوع عن تمليك الخمر كذا قيل والاولى أن يتعلق بقوله نحن الخ) أقول بل الاولى أن يتعلق بقوله فيضمنه والاشارة الى ماذكر من الخمر والخنزير

يتعلق بقوله أمرنا أن نتركهم وما يدينون يعني لما أمرنا أن نترك أهل الذمة على ما اعتقدوه من الباطل وجب علينا أن نترك أهل الاجتهاد على ما اعتقدوه مع احتمال الصحة فيه بالطريق الاولى وحينئذ يجب أن نقول بوجوب الضمان على من أتلف متروك التسمية عامدا لانه مال متقوم في اعتقاد الشافعي رحمه الله ووجه الجواب ما قاله أن ولاية المحاجة ثابتة والدليل الدال على حرمته قائم فلم يعتبر اعتقادهم في ايجاب الضمان هذا ما قالوه ولقائل أن يقول لا نسلم أن ولاية المحاجة ثابتة لان الدليل الدال على ترك المحاجة مع أهل الذمة دال على تركها مع المجتهدين بالطريق الاولى على ما قررتم والجواب أن الدليل هو قوله صلى الله عليه وسلم اتركوهم وما يدينون وكان ذلك لعقد الذمة وهو منتف في حق المجتهدين قال (فان غصب من مسلم خمرا فخللها الخ) من غصب من مسلم خمرا فخللها أو جلد ميتة فدبغه فكل منهما على وجهين لان التخليل أو الدباغ اما أن يكون بخلط شيء وبماله قيمة أولا فان خلل بغير شيء بالنقل من الشمس الى الظل ومنه اليها أو دبغ بالقرظ بفتحتين وهو ورق السلم والعفص ونحوهما فاما أن يكون الخل والجلد باقيين أولا فان كانا باقيين أخذ المالك الخل بلا شيء وأخذ الجلد ورد عليه ما زاد الدباغ فيه وطريق علمه أن ينظر الى قيمته ذكيا غير مدبوغ والى قيمته مدبوغا فيضمن فضل ما بينهما وللغاصب أن يحبسه حتى يستوفي حقه كحق الحبس في المبيع والفرق بين المسئلتين ما ذكره في الكتاب وهو نير وان لم يكونا باقيين فان استهلكهما الغاصب ضمن الخل ولم يضمن الجلد عند أبي حنيفة رضي الله عنه وقالا يضمن الجلد مدبوغا ويعطي ما زاد الدباغ فيه ولو

قال (فان غصب من مسلم خمرا فخللها أو جلد ميتة فدبغه فلصاحب الخمر أن يأخذ الخل بغير شيء ويأخذ جلد الميتة ويرد عليه ما زاد الدباغ فيه) والمراد بالفصل الاول اذا خللها بالنقل من الشمس الى الظل ومنه الى الشمس وبالفصل الثاني اذا دبغه بماله قيمة كالقرظ والعفص ونحو ذلك والفرق أن هذا التخليل تطهير له بمنزلة غسل الثوب النجس فيبقى على ملكه اذ لا تثبت المالية به وبهذا الدباغ اتصل بالجلد مال متقوم للغاصب كالصبغ في الثوب فكان بمنزلته فلهذا يأخذ الخل بغير شيء ويأخذ الجلد ويعطي ما زاد الدباغ فيه وبيانه أنه ينظر الى قيمته ذكيا غير مدبوغ والى قيمته مدبوغا فيضمن فضل ما بينهما وللغاصب أن يحبسه حتى يستوفي حقه كحق الحبس في المبيع قال (وان استهلكهما ضمن الخل ولم يضمن الجلد عند أبي حنيفة وقالا يضمن الجلد مدبوغا ويعطي ما زاد الدباغ فيه)

أن نترك أهل الذمة على ما اعتقدوه من الباطل وجب علينا أن نترك أهل الاجتهاد على ما اعتقدوه مع احتمال الصحة فيه بالطريق الاولى وحينئذ يجب أن نقول بوجوب الضمان على من أتلف متروك التسمية عامدا لانه مال متقوم في اعتقاد الشافعي ووجه الجواب ما قاله أن ولاية المحاجة ثابتة والدليل الدال على حرمته قائم فلم يعتبر اعتقادهم في ايجاب الضمان هذا ما قالوه ولقائل أن يقول لا نسلم أن ولاية المحاجة ثابتة لان الدليل الدال على ترك المحاجة مع أهل الذمة دال على تركها مع المجتهدين بالطريق الاولى على ما قررتم والجواب أن الدليل هو قوله عليه الصلاة والسلام اتركوهم وما يدينون وكان ذلك بعقد الذمة وهو منتف في حق المجتهدين الى هنا لفظ العناية واعترض بعض الفضلاء على الجواب المذكور في الآخر حيث قال فيه بحث فان القاضي ينفذ ما حكم به قاض آخر على خلاف مذهبه اهـ (أقول) هذا ساقط جدا أما أولا فلان القاضي انما ينفذ ما حكم به قاض آخر اذا لم يكن ما حكم به مما يخالف الكتاب والسنة المشهورة والاجماع وأما اذا كان ما حكم به مما يخالف شيأ من هاتيك الثلاثة فلا يصح أن ينفذه القاضي أصلا كما صرحوا بذلك كله في كتاب القضاء ومثلوا ما يخالف الكتاب بالحكم بحل متروك التسمية عامدا فانه مخالف لقوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه والكلام ههنا في متروك التسمية عامدا فكيف يتصور فيه التنفيذ وأما ثانيا فلان حاصل الجواب المذكور أن علة الامر بالترك في قوله عليه الصلاة والسلام اتركوهم وما يدينون هي عقد الذمة وهو منتف في حق

تابعه يعني لو أتلف متروك التسمية عمدا على قول الشافعي رحمه الله لا يضمن فان ولاية الالزام بالمحاجة والدليل ثابتة وقد ثبت لنا بالنص أن متروك التسمية عمدا حرام ليس بمال فلهذا لا يعتبر اعتقادهم في ايجاب الضمان (قوله والفرق ان هذا التخليل تطهير له بمنزلة غسل الثوب النجس فيبقى على ملكه وهذا لان نجاسة الخمر قابلة للزوال لانها باعتبار الخمرية وقد زالت من غير أن يقوم بها شيء من ملكه فصار التخليل كغسل الثوب النجس ومن غصب ثوبا نجسا وطهره لا يزول الثوب عن ملك المالك به كذا ههنا وبهذا الدباغ اتصل بالجلد مال متقوم للغاصب أي بالدباغ بماله قيمة (قوله وبيانه أن ينظر الى قيمته ذكيا غير مدبوغ) لانه لا يكون لجلد الميتة قيمة فيقوم ذكيا لذلك قال القدوري انما يكون لصاحب الجلد اذا أخذ الدباغ الجلد من منزله فاما اذا ألقى صاحبه في الطريق فأخذ رجل جلدها ودبغه فليس للمالك أن يأخذ الجلد وعن أبي يوسف رحمه الله له أن يأخذ في هذه الصورة أيضا كذا في الذخيرة

(قوله ولقائل أن يقول لا نسلم أن ولاية المحاجة ثابتة الخ) أقول الاولى استحلال متروك التسمية مخالف لنص الكتاب والحكم مزمن به فيثبت ولاية المحاجة (قوله والجواب الى قوله وهو منتف في حق المجتهدين) أقول فيه بحث فان القاضي ينفذ ما حكم به قاض آخر على خلاف مذهبه

ولو هلك في يده لا يضمنه بالاجماع أما الخل فلانه لما بقي على ملك مالكه وهو مال متقوم ضمنه بالاتلاف ويجب مثله لان الخل من ذوات الامثال وأما الجلد فلهما أنه باق على ملك المالك حتى كان له أن يأخذه وهو مال متقوم فيضمنه مدبوغا بالاستهلاك ويعطيه المالك ما زاد الدباغ فيه كما اذا غصب ثوبا فصبغه ثم استهلكه يضمنه ويعطيه المالك ما زاد الصبغ فيه

المجتهدين فلا يتصور الحاق المجتهدين باهل الذمة في ترك المحاجة لا دلالة ولا قياسا ولا يخفى أن هذا يدفع السؤال بان الدليل الدال على ترك المحاجة مع أهل الذمة دال على تركها مع المجتهدين بالطريق الاولى وان حديث تنفيذ القاضي ما حكم به قاض آخر على خلاف مذهبه لا يقدح في دفع الجواب المذكور والسؤال المزبور بل هو كلام آخر معلوم وجهه في محله (قوله ولو هلك في يده لا يضمن بالاجماع) قال صاحب العناية والمجمع عليه لا يحتاج الى دليل لان دليله الاجماع فلهذا لم يذكره المصنف اهـ (أقول) هذا ليس بسديد لان الذي لا يحتاج الى دليل ما أجمع عليه الامة بالاجماع الذي هو أحد الادلة الاربعة الشرعية فان الاجماع عليه بالمعنى المذكور يكفي دليلا عليه والظاهر أن مراد المصنف بالاجماع ههنا هو اجماع أئمتنا الثلاثة الذين وقع الخلاف بين أعظمهم وبين صاحبيه فيما ذكر آنفا من مسئلة الاستهلاك لا اجماع الامة الذي هو من الادلة لان هذا الاجماع انما يتحقق باتفاق جميع المجتهدين الموجودين في عصر من أمة محمد صلى الله عليه وسلم على حكم شرعي وهو غير ثابت فيما نحن فيه كيف وقد قال في معراج الدراية ههنا وعند الائمة الثلاثة يعني مالكا والشافعي وأحمد لو تخللت الخمرة بنفسها وهلكت في يد الغاصب يضمن وأما اذا تخللت بفعل الغاصب لا يضمن وفي الجلد المدبوغ على قول لا يلزمه رده ولا يضمن وفي قول وجب رده ويضمن اهـ فظهر منه مخالفة هؤلاء الائمة الثلاثة لائمتنا في بعض صور الهلاك فيما نحن فيه مع ان مالكا من معاصري أبي حنيفة والشافعي من معاصري محمد فلم يتحقق اجماع الامة في زمنهم على عدم الضمان في بعض صور هذه المسئلة قطعا ولم ينقل اجماع أمة أخرى من قبل فلم يمكن حمل الاجماع المذكور على اجماع الامة كما لا يخفى وقال صاحب النهاية ههنا ولم يذكر الدليل لقوله ولو هلك في يده لا يضمن بالاجماع لان دليله ظاهر وهو أنه لو ضمن لا يخلو اما أن يضمن قيمته يوم الغصب أو يوم الهلاك ولا وجه لضمان قيمته يوم الغصب لانه لم يكن لكل واحد من الخمر وجلد الميتة قيمة يوم الغصب ولا وجه لضمان قيمته يوم الهلاك أيضا لانه لم يوجد منه فعل في هلاكه والضمان لا يجب الا بفعل موصوف بالتعدي اهـ كلامه (أقول) ظهور هذا الدليل المفصل الدائر على الترديد غير مسلم ولو سلم فكونه أظهر من سائر الادلة التي ذكرها لسائر المسائل سيما دليل وجوب الضمان في استهلاك الخل ممنوع ولو سلم فليس من دأب المصنف ترك ذكر الدليل بالكلية في شيء من المسائل * ثم أقول لعل وجه عدم ذكر المصنف دليل هذه المسئلة ههنا انفهامه مما ذكره في دليل مسئلة الاستهلاك يرشدك اليه قطعا قوله في أثناء ذلك وبهذا فارق الهلاك بنفسه تبصر ترشد (قوله كما اذا غصب ثوبا فصبغه ثم استهلكه يضمنه ويعطيه المالك ما زاد الصبغ فيه) قال صاحب العناية وفيه نظر لان نفس الغصب في هذه الصورة يوجب الضمان بخلاف المتنازع فيه اهـ (أقول) هذا النظر ساقط جدا اذلا نسلم أولا أن نفس الغصب في هذه الصورة يوجب الضمان فان نفس الغصب انما يوجب رد العين على ما عرف في صدر كتاب الغصب وانما يجب ضمان المثل أو القيمة بالهلاك أو الاستهلاك ولئن سلم ذلك فكون نفس الغصب سببا للضمان لا ينافي كون الاستهلاك أيضا سببا له ومقصود المصنف قياس المتنازع فيه على تلك الصورة في كون التعدي بالاستهلاك سببا لضمان المتعدي ما استهلكه وأعطاء المالك ما زاده الصنعة وهذا المعنى متحد بين

(قوله أما الخل فلانه لما بقي على ملك مالكه وهو مال متقوم) لان العصير كان مالا متقوما له فاذا صار خمرا صار غير متقوم ولكونه غير متقوم لا يزول ملكه عنه ولهذا لو غصب خمر انسان فللمالك أن يستردها فعلم أن الملك لا يفتقر الى التقوم فاذا زالت صفة النجاسة عاد متقوما كما كانت لا أن التقوم يثبت الآن

وان هلكا في يده فلا ضمان عليه بالاجماع والمجمع عليه لا يحتاج الى دليل لان دليله الاجماع فلهذا لم يذكره المصنف والبينة على ذلك أنه ان ضمن فلا وجه لضمان قيمته يوم الغصب حيث لم يكن له قيمة يومئذ ولا لضمان قيمته يوم الهلاك لانه لا يجب الا بفعل موصوف بالتعدي والفرض عدمه (وقوله أما الخل) دليل صورة الاستهلاك وهو ظاهر (وأما الجلد فلهما أنه باق على ملك المالك حتى كان له أن يأخذه) قال القدوري يعني اذا غصب الجلد من منزله فأما اذا ألقاه صاحبه في الطريق فأخذه رجل فدبغه فليس للمالك أن يأخذه وعن أبي يوسف رحمه الله أن له أن يأخذه في هذه الصورة أيضا واذا كان باقيا على ملكه (وهو مال متقوم) وقد استهلكه (يضمنه ويعطيه المالك ما زاد الدباغ فيه كما اذا غصب ثوبا فصبغه ثم استهلكه يضمنه ويعطيه المالك ما زاد الصبغ فيه) وفيه نظر لان نفس الغصب في هذه الصورة يوجب الضمان بخلاف المتنازع فيه

(قوله ولانه واجب الرد) دليل آخر وتقريره أن الجلد لو كان قائما وجب على الغاصب رده فاذا فوت الرد خلفه قيمته كما فى المستعار يضمن بالاستهلاك لا الهلاك وبهذا فارق الهلاك بنفسه لانه لا تفويت منه هنالك قال الامام فخر الاسلام رحمه الله وغيره فى شروح الجامع الصغير قولهما يعطى مازاد الدباغ فيه محمول على اختلاف الجنس يعنى أن القاضى قوم الجلد بالدراهم والدباغ بالدنانير فيضمن الغاصب القيمة ويأخذ مازاد الدباغ أما اذا قومهما بالدراهم أو بالدنانير فيطرح عنه ذلك القدر ويؤخذ منه الباقى لعدم الفائدة فى الاخذ منه ثم فى الرد عليه ولابى حنيفة رحمه الله لانسلم أن الجلد مال متقوم بنفسه وانما حصل له التقوم بصنعة الغاصب وصنعته متقومة لاستعماله مالا متقوما فيه ولهذا كان له أن يحبسه حتى يستوفى مازاد الدباغ فكان التقوم حقا للغاصب وكان الجلد تابعا لصنعة الغاصب فى حق التقوم ثم الاصل وهو الصنعة غير مضمون عليه فكذا التابع لئلا يلزم مخالفة التبع أصله كما اذا هلك من غير صنعه فان عدم الضمان هنالك باعتبار أن الاصل وهو الصنعة غير مضمون فكذلك الجلد والا فالغصب موجب الضمان فى الهلاك والاستهلاك (قوله بخلاف الرد الخ) جواب عن قولهما ولانه واجب الرد وتقريره أن وجوب الرد حال قيامه لانه يتبع الملك والجلد غير تابع للصنعة فى حق الملك لثبوته قبلها وان لم يكن متقوما والحاصل أن الضمان يعتمد التقوم والاصل فيه الصنعة وهى غير مضمونة فكذا ما يتبعها والرد يعتمد الملك والجلد لا فيه أصل لا تابع فوجب رده وتبعه الصنعة وقوله (بخلاف الذكى والثوب) جواب عن قولهما كما اذا غصب ثوبا وأقمع الذكى استظهارا لان التقوم فيهما أى فى الذكى والثوب كان ثابتا قبل الدفع والصبغ فلم يكن تابعا للصنعة والتقوم يوجب الضمان (ولو كان) الجلد (قائما فاراد المالك أن يتركه على الغاصب فى هذا الوجه) أى الذى كان الدباغ فيه بشئ متقوم (ويضمنه قيمته قيل ليس له ذلك) بلا خلاف (لان الجلد

ولانه واجب الرد فاذا فوته عليه خلفه قيمته كما فى المستعار وبهذا فارق الهلاك بنفسه وقولهما يعطى مازاد الدباغ فيه محمول على اختلاف الجنس أما عند اتحاده فيطرح عنه ذلك القدر ويؤخذ منه الباقى لعدم الفائدة فى الاخذ منه ثم فى الرد عليه وله أن التقوم حصل بصنع الغاصب وصنعته متقومة لاستعماله مالا متقوما فيه ولهذا كان له أن يحبسه حتى يستوفى مازاد الدباغ فيه فكان حقا له والجلد تبع له فى حق التقوم ثم الاصل وهو الصنعة غير مضمون عليه فكذا التابع كما اذا هلك من غير صنعه بخلاف وجوب الرد حال قيامه لانه يتبع الملك والجلد غير تابع للصنعة فى حق الملك لثبوته قبلها وان لم يكن متقوما بخلاف الذكى والثوب لان التقوم فيهما كان ثابتا قبل الدبغ والصبغ فلم يكن تابعا للصنعة ولو كان قائما فاراد المالك أن يتركه على الغاصب فى هذا الوجه ويضمنه قيمته قيل ليس له ذلك لان الجلد

المقيس والمقيس عليه غاية الامر أن فى جانب المقيس عليه سببا آخر للضمان وهذا لا ينافى صحة القياس عليه فى السبب المشترك وقد أشار اليه صاحب النهاية حيث قال فى حل هذا المحل ان الاستهلاك جناية موجبة للضمان فى محل هو مال متقوم وقد وجد ذلك لما بقى الجلد على ملك صاحبه بعد ما صار مالا متقوما كما فى الثوب الا أن هناك السبب الاول وهو الغصب موجب للضمان أيضا فله أن يضمنه بأى السببين شاء وههنا السبب الاول وهو الغصب غير موجب للضمان فتعين التضمين بالسبب الثانى فكان هو فى السبب كغيره ولو استهلكه غيره كان للمغصوب منه أن يضمن المستهلك ويعطى الغاصب مازاد الدباغ فيه الى هنا كلامه (قوله ثم الاصل وهو الصنعة غير مضمون عليه فكذا التابع كما اذا هلك من غير صنعه) قال صاحب العناية فى شرح قوله كما اذا هلك من غير صنعه فان عدم الضمان هنالك باعتبار أن الاصل وهو الصنعة غير مضمون فكذلك الجلد والا فالغصب موجب للضمان فى الهلاك والاستهلاك اه كلامه واقتفى أثره الشارح العينى (أقول) فيه نظر اذ لا شك أن عدم الضمان فى صورة الهلاك من غير صنعه لا يجب أن يكون باعتبار أن الاصل وهو الصنعة غير مضمون فكذلك الجلد كما يقتضيه قول الشارحين المزبورين والا فالغصب موجب للضمان فى الهلاك والاستهلاك بل الظاهر أن عدم الضمان هنالك باعتبار عدم تحقق فعل موصوف بالتعدى هنالك كتحققه فى صورة الاستهلاك على ما أشار اليه صاحب النهاية وصاحب العناية أيضا فى تعليل تلك المسئلة فيما مر وكون الغصب موجبا للضمان فى كل من صورتى الهلاك والاستهلاك انما هو عند تحقق الغصب الشرعى وفيما نحن فيه لم يتحقق ذلك لان كون المأخوذ مالا متقوما معتبر فى حقيقة الغصب الشرعى كما تقرر فى صدر الكتاب وجلد الميتة ليس بمال متقوم قبل الدباغ قطعا وانما يصير متقوما بالدباغ وكلامنا فيما اذا غصب جلد الميتة فدبغه فحين الاخذ لم يتحقق الغصب الشرعى الموجب للضمان فيما نحن فيه بلا ريب ويؤيده ما قالوا ان الخمر المتخللة بنفسها أيضا غير مضمونة فى صورة الهلاك بالاجماع كما مر وليس فيها صنعة متقومة يتبعها تقومها فلو كان مجرد الغصب وهو الاخذ جبرا بدون تحقق الغصب الشرعى موجبا للضمان فى الهلاك والاستهلاك أو كان مجرد حصول التقوم للمأخوذ بعد الاخذ كافيا فى تحقق الغصب الشرعى لوجب الضمان فى صورة هلاك الخمر المتخللة بنفسها فى يد الآخذ جبرا مع أنه خلاف ما

(قوله وقولهما يعطى مازاد الدباغ فيه محمول على اختلاف الجنس) بان قضى لاحدهما بالدراهم وللآخر بالدنانير اذ القاضى يقضى بما يشترى به فى الاسواق ويباع (قوله فاراد المالك أن يتركه على الغاصب

لاقيمة له بخلاف صبغ الثوب لان له قيمة وقيل ليس له ذلك عند أبي حنيفة وعندهما له ذلك لانه اذا تركه

عليه الاجماع ثم أقول الظاهر بما بيناه أن كون مراد المصنف بقوله كما اذا هلك من غير صنعه ماذكره الشارحان المزبوران مما يليق بقدره الجليل وان كان في ظاهر لفظه مساعدة لذلك كان حقا علينا أن نحمل كلامه على خلاف ذلك فنقول يجوز أن يكون مراده بقوله كما اذا هلك من غير صنعه هو التشبيه والتنظير في مجرد عدم وجوب الضمان وان كان السبب مختلفا في الصورتين ويجوز أن يكون مراده بقوله المذكور هو القياس على تلك الصورة في خصوص السبب وهو كون الاصل الذي هو الصنعة غير مضمون فكذا التابع لكن من حيث جواز أن يكون هذا السبب سببا أيضا في صورة هلاك المدبوغ في يده من غير صنعه لامن حيث وجوب أن يكون هذا السبب هو السبب في تلك الصورة كما يقتضيه قولهما والا فالغصب موجب الضمان في الهلاك والاستهلاك فانه اذا لم يجب أن يكون هذا السبب هو السبب لعدم الضمان في صورة الهلاك بل جاز أن يكون له فيها سبب آخر وهو عدم تحقق فعل موصوف بالتعدي كما مر بيانه لم يجب الضمان هناك بانتفاء هذا السبب لان انتفاء أحد السببين المستقلين لا يوجب انتفاء المسبب فيلزم أن لا يصح قولهما والا فالغصب موجب الضمان في الهلاك والاستهلاك تأمل تقف (قوله ولو كان قائما فاراد المالك أن يتركه على الغاصب في هذا الوجه ويضمنه قيمته قيل ليس له ذلك لان الجلد لاقيمة له بخلاف صبغ الثوب لان له قيمة) قال الشراح في تفسير قوله قيل ليس له ذلك أي مطلقا بلا خلاف ويقتضي هذا التفسير مقابلة قوله وقيل ليس له ذلك عند أبي حنيفة وعندهما له ذلك كما لا يخفى (أقول) تعليل هذا القول الاتفاقي بقوله لان الجلد لاقيمة له بخلاف صبغ الثوب لان له قيمة مشكل عندي فانه لا يمشي على أصل الامامين اذ قدمر أن أصلهما أن الجلد باق على ملك المالك وهو مال متقوم فيضمنه مدبوغا بالاستهلاك ويعطيه المالك مازاد الدباغ فيه كما اذا غصب ثوبا فصبغه ثم استهلكه يضمنه ويعطيه المالك مازاد الصبغ فيه والتعليل المذكور ههنا صريح في خلاف ذلك كما ترى لا يقال المراد ههنا أن الجلد لاقيمة له وقت الغصب بخلاف الثوب فان له قيمة وقتئذ والمراد بما مر أن الجلد مال متقوم بعد الدباغ فصار كالثوب بعده فلا منافاة لانا نقول الكلام فيما اذا أراد المالك أن يتركه على الغاصب ويضمنه قيمته بعد أن صار مالا متقوما بالدباغ كما أشار اليه المصنف بقوله في هذا الوجه فلا وجه لتعليل ماقيل ليس له ذلك بلا خلاف بان الجلد لاقيمة له وقت الغصب بخلاف الثوب فان عدم تقوم جلد الميتة وقت الغصب لا ينافي عندهما كونه مضمونا على الغاصب بعد أن صار مالا متقوما بالدباغ وهذا يجب عليه الضمان عندهما بالاستهلاك في هذه الصورة بناء على كونه مالا متقوما بالدباغ باقيا على ملك المالك كما مر على أنه لو كان المراد ههنا أن الجلد لاقيمة له وقت الغصب لقال المصنف بخلاف الثوب دون أن يقول بخلاف صبغ الثوب لان الصبغ في الثوب بازاء الدباغ في الجلد تأمل (قوله لانه اذا تركه عليه وضمنه عجز الغاصب عن رده فصار كالاستهلاك وهو على هذا الخلاف على مابيناه) قال صاحب العناية وفيه نظر لان العجز في الاستهلاك لامر من جهة الغاصب وفيما تركه وضمنه القيمة من جهة المالك ولا يلزم من جواز التضمين في صورة تعدى فيها الغاصب جوازه فيما ليس كذلك اهـ (أقول) يمكن أن يجاب عن هذا النظر بان العجز في الاستهلاك لما كان لامر من جهة الغاصب لذلك العجز فيما تركه المالك على الغاصب وضمنه القيمة كان الامر من جهة الغاصب فان المالك انما تركه عامة وضمنه القيمة بسبب أن الغاصب زاد عليه ماله قيمة فوجب على المالك على تقدير أخذه اعطاء مايقابل ذلك الزائد وهو لا يقدر على اعطائه ولا يلزمه ذلك فكان السبب الاصلي لعجز الغاصب عن رده فعل نفسه ألا يرى أنه لو دبغه بما لا قيمة له وكان هو للمالك بلا شيء كما سيجيء لم يكن للمالك تركه عليه وتضمينه القيمة عند أحد أصلا

في هذا الوجه) أي فيما اذا دبغه بماله قيمة (قوله بخلاف صبغ الثوب لان له قيمة) أي الثوب قيمة (قوله لانه اذا تركه عليه وضمنه) أي لم يأخذه برد قيمة الدباغ اليه وضمنه قيمة الجلد الذكي عجز

لاقيمة له بخلاف صبغ الثوب لان له قيمة وقيل ليس له ذلك عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما له ذلك) وقوله (لانه اذا تركه) دليل أن في المسئلة خلافا ودليل المخالفين ووجه ذلك أنه اذا ترك الجلد على الغاصب وضمنه عجز الغاصب عن رده فصار كالاستهلاك وهو أي الاستهلاك على هذا الخلاف على مابيناه آنفا وفيه نظر لان العجز في الاستهلاك لامر من جهة الغاصب وفيما تركه وضمنه القيمة من جهة المالك ولا يلزم من جواز التضمين في صورة تعدى فيها الغاصب جوازه فيما ليس كذلك

ثم اختلف فى كيفية الضمان على قولهما فقيل يضمنه قيمة جلد مدبوغ و يعطيه مازاد الدباغ فيه كما فى صورة الاستهلاك وقيل قيمة جلد ذكى غير مدبوغ هذا كله اذا دبغ بماله قيمة وتخلل بغير خلط شئ أما اذا دبغه بما لا قيمة له كالتراب والشمس فهو لصاحبه بلا شئ لانه بمنزلة غسل الثوب وهو لا يزيل ملك المالك ولو استهلكه الغاصب ضمن قيمته فى قولهم جميعا لانه صار مالا على ملك صاحبه ولا حق للغاصب فيه فكانت المالية والتقوم جميعا حق المالك فيضمن بالاستهلاك واختلفوا فى كيفية الضمان فقيل ضمن قيمته مدبوغا وقيل طاهرا غير مدبوغ وقد ذكر وجه القولين فى الكتاب وهو ظاهر واذا خلل الخمر بالقاء الملح فيه قال المشايخ رحمهم الله صار الخل ملكا للغاصب ولا شئ عليه عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما أخذه المالك وأعطى مازاد الملح فيه كما فى دباغ الجلد وقوله (قالوا) يشير الى أن ثمة قولا آخر وهو ما قيل ان هذا والاول سواء لان الملح صار مستهلكا فيه فلا يعتبر وباقى كلامه ظاهر سوى ألفاظ يشير اليها قوله (فهو على ما قيل وقيل) بتكرير قيل اشارة الى القولين المذكورين فى دبغ الجلد وهو ماذكره بقوله ولو كان قائما فاراد المالك الى أن قال قيل ليس له ذلك وقيل ليس له ذلك عند أبى حنيفة رضى الله عنه وقوله (وهو على أصله ليس باستهلاك أى أصل محمد رحمه الله فان أصله وهو قول أبى يوسف رحمه الله أيضا ان خلط الشئ بجنسه ليس باستهلاك عندهما وحينئذ كان الخل مشتركا بينهما فاذا أتلفه فقد أتلف حق نفسه وغيره فيضمن خلا مثل خل المغصوب منه وقوله (هو للغاصب فى الوجهين) يعنى ما اذا صارت خلا من ساعته أو بعد زمان وقوله (أجر واجواب الكتاب) يعنى الجامع الصغير وهو قوله لصاحب الخمر أن يأخذ الخل بغير شئ ومعناه أن بعضهم حملوه على الوجه الاول وهو التخليل بغير شئ كما تقدم و بعضهم أجروه على اطلاقه وقالوا للمالك أن يأخذ الخل فى الوجوه كلها وهى التخليل بغير شئ والتخليل بالقاء الملح والتخليل بصب الخل فيها لان الملقى فيه يصير مستهلكا فى الخمر فلم يبق متقوما قال

عليه وضمنه عجز الغاصب عن رده فصار كالاستهلاك وهو على هذا الخلاف على مابيناه ثم قيل يضمنه قيمة جلد مدبوغ و يعطيه مازاد الدباغ فيه كما فى الاستهلاك وقيل يضمنه قيمة جلد ذكى غير مدبوغ ولو دبغه بما لا قيمة له كالتراب والشمس فهو لمالكه بلا شئ لانه بمنزلة غسل الثوب ولو استهلكه الغاصب يضمن قيمته مدبوغا وقيل طاهرا غير مدبوغ لان وصف الدباغة هو الذى حصله فلا يضمنه وجه الاول وعليه الاكثرون أن صفة الدباغة تابعة للجلد فلا تفرد عنه واذا صار الاصل مضمونا عليه فكذا صفته ولو خلل الخمر بالقاء الملح فيه قالوا عند أبى حنيفة صار ملكا للغاصب ولا شئ له عليه وعندهما أخذه المالك وأعطى مازاد الملح فيه بمنزلة دبغ الجلد ومعناه ههنا أن يعطى مثل وزن الملح من الخل وان أراد المالك تركه عليه وتضمينه فهو على ما قيل وقيل فى دبغ الجلد ولو استهلكها لا يضمنها عند أبى حنيفة خلافا لهما كما فى دبغ الجلد ولو خللها بالقاء الخل فيها فعن محمد أنه ان صار خلا من ساعته يصير ملكا للغاصب ولا شئ عليه لانه استهلاك له وهو غير متقوم وان لم تصر خلا الا بعد زمان بان كان الملقى فيه خلا قليلا فهو بينهما على قدر كيلهما لان خلط الخل بالخل فى التقدير وهو على أصله ليس باستهلاك وعند أبى حنيفة هو للغاصب فى الوجهين ولا شئ عليه لان نفس الخلط استهلاك عنده ولا ضمان فى الاستهلاك لانه أتلف ملك نفسه وعند محمد لا يضمن بالاستهلاك فى الوجه الاول لما بينا ويضمن فى الوجه الثانى لانه أتلف ملك غيره و بعض المشايخ أجر واجواب الكتاب على اطلاقه أن للمالك أن يأخذ الخل فى الوجوه كلها بغير شئ لان الملقى فيه يصير مستهلكا فى الخمر فلم يبق متقوما وقد كثرت فيه أقوال المشايخ وقد أثبتناها فى كفاية المنتهى

(قوله ثم قيل يضمنه قيمة جلد مدبوغ و يعطيه مازاد الدباغ فيه كما فى الاستهلاك وقيل يضمنه قيمة جلد ذكى غير مدبوغ) يعنى اختلف المشايخ فى كيفية التضمين على قولهما فقال بعضهم يضمنه قيمة جلد ذكى مدبوغ

الغاصب عن رده فصار كالاستهلاك (قوله ثم قيل يضمنه قيمة جلد مدبوغ) أى على قولهما لان الكلام فيما اذا دبغه بشئ له قيمة وفيه التضمين عندهما (قوله كما فى الاستهلاك) يعنى مسئلة الاستهلاك التى تقدم ذكرها أن عنده لا يضمن وعندهما يضمن (قوله قالوا عند أبى حنيفة رحمه الله صار ملكا للغاصب ولا شئ له عليه) لانه استهلاك (قوله فهو على ما قيل وقيل) أى على القولين المذكورين فى دبغ الجلد وهو ماذكر قبل هذا بقوله ولو كان قائما فاراد المالك أن يتركه على الغاصب فى هذا الوجه و يضمنه قيمته قيل ليس له ذلك وقيل ليس له فى ذلك عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما له ذلك ولو خللها بالقاء الخل فيه فعن محمد رحمه الله ان صارت خلا من ساعته يصير ملكا للغاصب ولا شئ عليه لانه استهلاك لان الاستهلاك من العباد عبارة عن فعل لا يصل المالك الى عين حقه بواسطة ذلك الفعل لان اعدام الذوات ليس فى قدرة البشر ولا كذلك اذا تخللت بعد ساعته لانها بالالقاء لم تصر مستهلكة لبقائها على حالها (قوله وعند محمد رحمه الله لا يضمن بالاستهلاك فى الوجه الاول) أى فيما اذا صار خلا من ساعته لما بينا أى أنه يصير ملكا للغاصب (قوله فى الوجوه كلها) أى فيما اذا صار خلا بالقاء الملح أو بالقاء الخل من ساعته أو بعد زمان (قوله وقد كثرت فيه أقوال المشايخ) بعضهم قالوا المخلوط ههنا مشترك بالاجماع لان عنده انما ينقطع حق المالك

قال المصنف (وعندهما أخذه المالك) أقول قال صاحب التسهيل يشكل هذا بما مر من أصلهم وهو أنه اذا غيره بفعله حتى زال اسمه ومعظم

قال (ومن كسر لمسلم بربطا أو طبلا أو مزمارا أو دفا أو أراق له سكرا أو منصفا فهو ضامن وبيع هذه الاشياء جائز) وهذا عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد لا يضمن ولا يجوز بيعها وقيل الاختلاف في الدف والطبل الذي يضرب للهو فأما طبل الغزاة والدف الذي يباح ضربه في العرس يضمن بالاتلاف من غير خلاف وقيل الفتوى في الضمان على قولهما والسكر اسم للنيء من ماء الرطب اذا اشتد والمنصف ماذهب نصفه بالطبخ وفي المطبوخ أدنى طبخة وهو الباذق عن أبي حنيفة روايتان في التضمين والبيع لهما أن هذه الاشياء أعدت للمعصية فبطل تقومها كالخمر ولانه فعل مافعل آمرا بالمعروف وهو بأمر الشرع فلا يضمنه كما اذا فعل باذن الامام ولابي حنيفة أنها أموال لصلاحيتها لما يحل من وجوه الانتفاع وان صلحت لما لا يحل فصار كالامة المغنية وهذا لان الفساد بفعل فاعل مختار فلا يوجب سقوط التقوم وجواز البيع والتضمين مرتبان على المالية والتقوم والامر بالمعروف باليد الى الامراء لقدرتهم وباللسان الى غيرهم وتجب قيمتها غير صالحة للهو كما في الجارية المغنية والكبش النطوح والحمامة الطيارة والديك المقاتل والعبد الخصي تجب القيمة غير صالحة لهذه الامور كذا هذا وفي السكر والمنصف تجب قيمتهما ولا يجب المثل لان المسلم ممنوع عن تملك عينه وان كان لو فعل جاز وهذا بخلاف ما اذا أتلف على نصراني صليبا حيث يضمن قيمته صليبا لانه مقر على ذلك قال (ومن غصب أم ولد أو مدبرة فماتت في يده ضمن قيمة المدبرة ولا يضمن قيمة أم الولد) عند أبي حنيفة وقالا يضمن قيمتهما لان مالية المدبرة متقومة بالاتفاق ومالية أم الولد غير متقومة عنده وعندهما متقومة والدلائل ذكرناها في كتاب العتاق من هذا الكتاب

(كتاب الشفعة)

ويعطيه ما زاد الدباغ فيه كما في صور الاستهلاك وقال بعضهم يضمنه قيمة جلد ذكي غير مدبوغ كذا في الشروح (أقول) ثمرة هذا الاختلاف غير ظاهرة عندي فان قيمة جلد مدبوغ بعد أن يطرح عنها قدر ما زاد الدباغ فيه هي قيمة جلد ذكي غير مدبوغ بعينها اذ قد قال المصنف فيما مر في بيان أخذ الجلد واعطاء ما زاد الدباغ به انه ينظر الى قيمته ذكيا غير مدبوغ والى قيمته مدبوغا فيضمن ما بينهما وذلك صريح في أن ما بقي من قيمة جلد مدبوغ بعد اعطاء ما زاد الدباغ فيه هو قيمة جلد ذكي بعينها فما فائدة الاختلاف المذكور والمآل واحد والله تعالى أعلم وأحكم

(كتاب الشفعة)

وجه مناسبة الشفعة بالغصب تملك الانسان مال غيره بلا رضاه في كل منهما والحق تقديمها عليه لكونها مشروعة دونه لكن توفر الحاجة الى معرفته للاحتراز عنه مع كثرته بكثرة أسبابه من الاستحقاق في البياعات والاشربة والاجارات والشركات والمزارعات أوجب تقديمه كذا في العناية وكثير من الشروح (أقول) لا يذهب عليك أن الوجوه الموجبة لترتيب الكتب السالفة على النمط المتقدم كما مر بيانها قد ساقت ذكر كتاب الشفعة الى هنا فلا حاجة الى الاعتذار عن تقديم الغصب على الشفعة بقوله لكن توفر الحاجة الى معرفته الخ فلا

بالاستهلاك اذا ضمنه بالخلط كالمكيل والموزون اذا غصبه وخلط بمثله من ملك نفسه فاذا لم يكن مضمونا عليه لا ينقطع ووجود الاستهلاك كعدمه فبقي مشتركا كالمكيل اذا اختلط بنفسه بمكيل آخر لغيره (قوله وهو بأمر الشرع) قال عليه السلام بعثت لكسر المزامير وقتل الخنازير وقال اذا رأى أحدكم منكرا فلينكر بيده وان لم يستطع فبلسانه وان لم يستطع فبقلبه (قوله كما لو فعل باذن الامام) يعني لو فعل بأمر نائب الشرع وهو الامام لا يضمن فاذا فعله بأمر الشرع أولى وعن شريح رحمه الله أن رجلين اختصما اليه في طنبور فلم يلتفت اليهما حتى قاما من عنده وقال أبو يوسف رحمه لو كنت أنا فان كانت خصومتهما وهو في أيديهما أو في يد أحدهما كسرته وعزرتهما وان كسره أحدهما والآخر يطلب الضمان ضربت الذي كسره جبرا وأوجعت الآخر عقوبة والله أعلم بالصواب

(كتاب الشفعة)

هي تملك البقعة بما قام على المشتري بالشركة أو الجوار وهي مشتقة من الشفع وهو الضم سميت بها لما فيها

قال (ومن كسر لمسلم بربطا أو طبلا) قال في الجامع الصغير ومن كسر لمسلم بربطا وهو آلة من آلات الطرب والطبل والمزمار والدف معروفة وقوله (أهراق له سكرا) أي صبه يقال فيه هراق يهريق بتحريك الهاء وأهراق يهريق بسكونها والهاء في الاول بدل عن الهمزة وفي الثاني زائدة وكلامه الى آخره ظاهر لا يحتاج الى شرح والله أعلم بالصواب

(كتاب الشفعة)

وجه مناسبة الشفعة بالغصب تملك الانسان مال غيره بلا رضاه في كل منهما والحق تقديمها عليه لكونها مشروعة دونه

منافعه بملكه فيتعين الضمان والخل كذلك لزوال اسم الخمر ومعظم ما يقصد به من الاغراض بفعله وهو القاء الملح ونحوه فينبغي أن يأخذه ويمكن أن يقال كأنه تخلل بنفسه لان في طبيعته أن يتخلل بنفسه والملح أمر هالك لا يستتبع بخلاف الخل انتهى ويمكن أن يتعلق ببقاء صورته وعدم زوال منافعه فان منافعها الغير المشروعة كالمنافع قال المصنف (لان المسلم ممنوع عن تملك عينه) أقول لعل المراد بالمنع هو الكراهة والله أعلم

(كتاب الشفعة)

لكن توفر الحاجة الى معرفته للاحتراز عنه مع كثرته بكثرة أسبابه من الاستحقاق فى البياعات والاشربة والاجارات والشركات والزراعات أوجب تقديمها وسببها اتصال ملك الشفيع بملك المشترى وشرطها كون المبيع عقارا وهى مشتقة من الشفع وهو الضم سميت بها لما فيها من ضم المشتراة الى عقار الشفيع وفى الشريعة عبارة عن تملك المرء ما اتصل بعقاره من العقار على المشترى بشركة أو جوار

الشفعة مشتقة من الشفع وهو الضم سميت بها لما فيها من ضم المشتراة الى عقار الشفيع قال (الشفعة واجبة للخليط فى نفس المبيع ثم للخليط فى حق المبيع كالشرب والطريق ثم للجار) أفاد هذا اللفظ ثبوت حق الشفعة لكل واحد من هؤلاء وأفاد الترتيب

وجه لقوله والحق تقديمها عليها الخ عند ملاحظة تلك الوجوه الموجبة لترتيب الكتب السالفة على النمط المتقدم كما لا يخفى على ذى فطرة سليمة قال بعض الفضلاء بعد أن تنبه لبعض ما قلناه ثم يمكن أن يقال فى وجه التقديم ان الغصب يعم العقار والمنقول بخلاف الشفعة والاعم يستحق التقديم اهـ (أقول) ليس هذا بسديد اذ الغصب لا يعم العقار عند أبى حنيفة وأبى يوسف حينئذ بل الغصب عندهما انما يتصور فى المنقول دون العقار كما مر فى أوائل كتاب الغصب مفصلا ومشروحا وانما يتأتى عموم الغصب للعقار والمنقول على أصل محمد والشافعى كما مر أيضا ثمة ولا وجه لبناء وجه التقديم على خلاف ما ذهب اليه امامنا الاعظم وأمامنا الثانى اذ لو كفى مجرد كون العموم محل اجتهاد مجتهد لم يتم قوله بخلاف الشفعة فان الشفعة أيضا تعم العقار والمنقول عند مالك فانها واجبة فى السفن أيضا عنده على ما صرحوا به وسيأتى فى الكتاب ثم ان من محاسن الشفعة دفع ضرر الجوار وهو مادة المضار قال الله تعالى وما جعل عليكم فى الدين من حرج وقال النبى صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا اضرار فى الاسلام ولا شك لاحد فى حسن دفع ضرر التأذى بسبب سوء المجاورة على الدوام وقد جاء فى تفسير قوله تعالى لاعذبنه عذابا شديدا أى لالزمنه صحبة الاضداد كذا فى النهاية ومعراج الدراية ثم ان الشفعة فى اللغة مأخوذة من الشفع وهو الضم سميت بها لما فيها من ضم المشتراة الى ملك الشفيع ومنه شفاعة رسول الله صلى الله عليه وسلم للمذنبين لانه يضمهم بها الى الطاهرين وفى الشريعة هى تملك البقعة جبرا على المشترى بما قام عليه كذا فى عامة الشروح والمتون الا أنه وقع فى بعضها تملك العقار بدل تملك البقعة وصرح فى بعض الشروح بزيادة قيد فى آخر التعريف وهو قوله بشركة أو جوار وترك ذكره فى الاكثر بناء على ظهوره (أقول) فى الكل اشكال وهو أنه ان كانت حقيقة الشفعة فى الشريعة هى التملك المذكور فى عامة الكتب يلزم أن لا يصح ما تقرر عندهم وسيجىء فى الكتاب من أن الشفعة تجب أى تثبت بعقد البيع وتستقر بالاشهاد وتملك بالاخذ اذا سلمها المشترى أو حكم بها حاكم لان ذلك صريح فى أن تحقق التملك فى الشفعة عند أخذ البقعة المشفوعة بالتراضى أو قضاء القاضى فان كانت حقيقة الشفعة فى الشريعة نفس ذلك التملك لزم أن لا يكون لقولهم الشفعة تثبت بعقد البيع وتستقر بالاشهاد صحة اذ الثبوت والاستقرار لا يتصور بدون التحقق وحين عقد البيع والاشهاد لم يوجد الاخذ بالتراضى ولا قضاء القاضى لا محالة فلم يوجد التملك أيضا فعلى تقدير أن تكون الشفعة نفس ذلك التملك كيف يتصور ثبوتها بعقد البيع واستقرارها بالاشهاد وأيضا قد صرحوا بان حكم الشفعة جواز طلب الشفعة وثبوت الملك بالقضاء أو الرضا فلو كانت الشفعة نفس التملك لما صلح شئ من جواز طلب الشفعة وثبوت الملك لان يكون حكما للشفعة أما الاول فلانه لا شك أن المقصود من طلب الشفعة انما هو الوصول الى تملك البقعة المشفوعة وعند حصول تملكها الذى هو الشفعة على الفرض المذكور لا يبقى مجال جواز طلب الشفعة ضرورة بطلان طلب الحاصل وحكم الشئ يقارن ذلك الشئ أو يعقبه ولا يتقدم عليه فلم يصلح جواز طلب الشفعة لان يكون حكما للشفعة على تقدير أن تكون الشفعة نفس التملك وأما الثانى فلان

من ضم المشتراة الى عقار الشفيع

قال (الشفعة واجبة للخليط الخ) الشفعة واجبة أى ثابتة للخليط فى نفس المبيع أى الشريك ثم للخليط فى حقه كالشرب والطريق ثم الجار يعنى الملاصق قال المصنف رحمه الله (أفاد هذا اللفظ ثبوت حق الشفعة لكل واحد من هؤلاء وأفاد الترتيب

(قوله لكن توفر الحاجة الى معرفته للاحتراز عنه مع كثرته الخ) أقول لكن ما ذكر فى بيان وجه تأخير الغصب عن المأذون يغنى عن بيان سبب تقديم الغصب على الشفعة ثم يمكن أن يقال فى وجه التقديم أن الغصب يعم العقار والمنقول بخلاف الشفعة والاعم يستحق التقديم (قوله من الاستحقاق فى البياعات والاشربة الخ) أقول فيه بحث الا أن يقال كلمة من للتعليل (قوله أوجب تقديمها) أقول الظاهر تقديمه قال المصنف (الشفعة مشتقة من الشفع) أقول يقال شفعت كذا بكذا اذا جعلته شفعا به (قوله وفى الشريعة عبارة) أقول قال الاتقانى الشفعة عبارة عن حق التمليك فى العقار لدفع ضرر الجوار انتهى ولعله أولى مما ذكره غيره من أنها تملك عقار (قوله على المشترى بشركة أو جوار) أقول لعله لم يذكر قيد جبرا اكتفاء عنه بكلمة على فانها تدل على الاستعلاء المنبئ عن الجبر قال المصنف (الشفعة واجبة) أقول أى ثابتة اما وفى قول المصنف أفاد هذا اللفظ ثبوت حق الشفعة اشارة اليه واضافة حق الشفعة بيانية قال المصنف (أفاد هذا اللفظ) أقول اللفظ مصدر فى الاصل يتناول الكثير أيضا (قوله للشريك) أقول اللام للاستحقاق كما فى أمثاله

أما الثبوت فلقوله عليه الصلاة والسلام الشفعة لشريك لم يقاسم ولقوله عليه الصلاة والسلام جار الدار أحق بالدار والارض

ثبوت الملك هو عين التملك فى المعنى وحكم الشئ مايغايره ويترتب عليه فلم يصلح ثبوت الملك أيضا لان يكون حكما للشفعة على تقدير كون الشفعة نفس التملك فالاظهر عندى فى تعريف الشفعة فى الشريعة ماذكره صاحب غاية البيان حيث قال ثم الشفعة عبارة عن حق التملك فى العقار لدفع ضرر الجوار اه فانه اذا كانت حقيقة الشفعة فى الشرع بمجرد حق التملك دون حقيقة التملك يندفع الاشكال الذى ذكرناه بحذافيره ويظهر ذلك بالتأمل الصادق ولعل مراد عامة العلماء أيضا ذلك ولكنهم تسامحوا فى العبارة ثم ان سبب الشفعة عند عامة المشايخ اتصال ملك الشفيع بملك البائع لان الشفعة انما تجب لدفع ضرر الدخيل عن الاصيل وهو ضرر سوء المعاملة والمعاشرة وانما يتحقق هذا الضرر عند اتصال ملك الشفيع بالمبيع وكان الخصاف رحمه الله تعالى يقول الشفعة تجب بالبيع ثم تجب بالطلب فهو اشارة منه الى أن كليهما سبب على التعاقب وأنه غير صحيح لان الشفعة اذا وجبت بالبيع لا يتصور وجوبها ثانيا بالطلب وذكر شيخ الاسلام رحمه الله أن الشركة مع البيع علة لوجوب الشفعة لان حق الشفعة لا يثبت الا بهما قال ولا يجوز أن يقال بان الشراء شرط والشركة علة وسبب فان الشفيع لو سلم الشفعة قبل البيع لا يصح ولو سلم بعد البيع يصح ولو كان سبب وجوب الشفعة الشركة وحدها لصح التسليم قبل البيع لانه يحصل بعد وجود سبب الوجوب ألا ترى أن الابراء عن سائر الحقوق بعد وجود سبب الوجوب جائز ولما لم يصح تسليم الشفعة قبل البيع عرفنا أن الشركة وحدها ليست بعلة والحاصل أن استحقاق الشفعة بالشركة عند البيع أو بالشركة والبيع وتأكدها بالطلب وثبوت الملك فى البقعة المشفوعة بالقضاء أو بالرضا كذا فى الذخيرة وذكره صاحب النهاية معزيا الى المبسوط والذخيرة والتحفة وغيرها (أقول) يجوز أن يكون مراد الخصاف بقوله الشفعة تجب بالبيع ثم تجب بالطلب أنها تجب بالبيع ثم يتأكد وجوبها ويستقر بالطلب فيؤول الى ماذكره غيره من القول الصحيح المختار ويكون معنى قوله ثم تجب بالطلب نظير ماذكره المفسرون فى قوله تعالى اهدنا الصراط المستقيم من أن معناه ثبتنا على هدى الصراط المستقيم بكون نفس الهدى متحققة قبل الطلب ولعل نظائر هذا فى كلام البلغاء أكثر من أن تحصى والعجب أن عامة ثقات المشايخ حملوا كلام ذلك الهمام الذى له يد طولى فى الفقه على المعنى الذى هو بين البطلان ولم يحمله أحد على المعنى الصحيح مع كونه على طرف الثمام (قوله أما الثبوت فلقوله عليه الصلاة والسلام الشفعة لشريك لم يقاسم) أقول لقائل أن يقول هذا الحديث وان دل على بعض المدعى وهو ثبوت حق الشفعة للشريك الا أنه ينفى بعضه الآخر وهو ثبوته لغير الشريك أيضا كالجار الملاصق لان اللام فى الشفعة المذكورة للجنس لعدم العهد وتعريف المسند اليه بلام الجنس يفيد قصر المسند اليه على المسند كما تقرر فى علم الادب ومثل بنحو قوله عليه الصلاة والسلام الائمة من قريش سيما وقد أدخل على المسند ههنا لام الاختصاص كما ترى فكان عريقا فى افادة القصر كما فى الحمد لله على ماقالوا فانتفى اقتضاء حق الشفعة عن غير الشريك وهو مذهب الشافعى فليتأمل فى الجواب قال صاحب العناية بعد ذكر الحديث المزبور أى تثبت الشفعة للشريك اذا كانت الدار مشتركة فباع أحد الشريكين نصيبه قبل القسمة أما اذا باع بعدها فلم يبق للشريك الآخر حق لا فى المدخل ولا فى نفس الدار فحينئذ لا شفعة اه واعترض بعض الفضلاء على قوله أما اذا باع بعدها الخ ثم وجهه حيث قال هذا قول بمفهوم الصفة ونحن لانقول به الا أن يقال التخصيص بدلالة اللام الاختصاصية اه (أقول) كل من اعتراضه وتوجيهه ساقط أما الاول فلأن قول صاحب العناية وأما اذا باع بعدها الخ ليس بداخل فى تفسير معنى الحديث المزبور حتى يتجه عليه أن يقال هذا قول بمفهوم الصفة ونحن لانقول به بل هو كلام نفسه ذكره بطريق الاستطراد بيانا للواقع وأما الثانى فلانه لو كانت اللام الاختصاصية مدار التخصيص بمعنى القصر لزم أن يدل الحديث المذكور على عدم ثبوت حق الشفعة للجار الملاصق أيضا لكونه غير شريك لم يقاسم فيلزم أن يكون حجة علينا

والدليل على الاول ماروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم الشفعة لشريك لم يقاسم) أى تثبت الشفعة للشريك اذا كانت الدار مشتركة فباع أحد الشريكين نصيبه قبل القسمة أما اذا باع بعدها فلم يبق للشريك الآخر حق لا فى المدخل ولا فى نفس الدار فحينئذ لا شفعة (وقوله صلى الله عليه وسلم جار الدار أحق بالدار والارض

قال المصنف (فلقوله عليه الصلاة والسلام الشفعة لشريك لم يقاسم) أقول قوله لم يقاسم لدفع احتمال المجاز اذ لا شركة بعد القسمة (قوله تثبت الشفعة) أقول تكرير للتذكير (قوله أما اذا باع بعدها فلم يبق للشريك الآخر حق لا فى المدخل ولا فى نفس الدار) أقول هذا قول بمفهوم الصفة ونحن لانقول به الا أن يقال التخصيص بدلالة اللام الاختصاصية (قوله فحينئذ لا شفعة) أقول فيه شئ الا أن يقال المراد لا شفعة المطلقة:

ينتظر له وان كان غائبا اذا كان طريقهما واحدا ولقوله عليه الصلاة والسلام الجار أحق بسقبه قيل يا رسول الله ما سقبه قال شفعته و يروى الجار أحق بشفعته وقال الشافعي لا شفعة بالجوار لقوله عليه الصلاة والسلام الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة

لالنا (قوله ولقوله عليه الصلاة والسلام جار الدار أحق بالدار والارض ينتظر له وان كان غائبا اذا كان طريقهما واحدا) أي جار الدار أحق بالدار وجار الارض أحق بالارض وقوله ينتظر له وان كان غائبا أي الشفيع يكون على شفعته وان غاب اذلا تأثير للغيبة في ابطال حق تقرر سببه كذا قال تاج الشريعة و يقرب منه قول صاحب العناية يعني يكون على شفعته مدة غيبته اذلا تأثير للغيبة في ابطال حق تقرر سببه اهـ قال في النهاية وفي رواية الاسرار ينتظر بها اذا كان غائبا ثم قال في الاسرار فان قيل المراد به أحق بها عرضا عليه للبيع ألا يرى أنه فسر الحق بالانتظار اذا كان غائبا قلنا ان النبي صلى الله عليه وسلم جعله أحق على الاطلاق فيكون أحق بها قبل البيع و بعده وقوله ينتظر تفسير لبعض ما شمله كلمة أحق ولان ما روى عن عمرو بن الشريد عن أبيه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه سئل عن أرض بيعت ليس لاحد فيها شرك ولا نصيب فقال الجار أحق بشفعته فهذا يبطل ذلك التاويل اهـ وقال بعض الفضلاء على قوله وان كان غائبا مقتضى كلمة ان الوصلية أنه اذا لم يكن غائبا ينتظر له بالطريق الاولى ففي كلامه بحث تامله اهـ (أقول) المذكور في كثير من نسخ الهداية ان كان غائبا بدون الواو والذي ذكر في حاشية ذلك القائل أيضا تلك النسخة فحينئذ لا يظهر كون كلمة ان وصلية بل المتبادر أن تكون شرطية و يؤيده رواية الاسرار حيث وقع فيها اذا كان غائبا فعلى ذلك لا يتوهم أن يكون المعنى اذا لم يكن غائبا ينتظر له بالطريق الاولى وأما على الرواية بالواو وهي الاكثر وقوعا في الشروح فلا محذور فيها أيضا لان معنى قوله ينتظر له وان كان غائبا على ما بينوا أنه يكون على شفعته وان غاب ولا شك أنه اذا كان على شفعته حال غيبته فلأن يكون على شفعته حال حضوره أولى بالطريق وان ترك الانتظار على معناه الاصلي وهو التوقف في مهلة وكان المعنى ينتظر له الى أن يجيء و يفرغ من شفعته تحققت الاولوية أيضا فيما اذا لم يكن غائبا لانه اذا وجب الانتظار له الى أن يجيء و يفرغ من شفعته مع بعد زمان الانتظار فلأن يجب الانتظار له الى فراغه من شفعته عند حضوره أولى لحصول الانفصال بينهما في زمان قليل تامل تفهم (قوله وقال الشافعي لا شفعة بالجوار لقوله عليه الصلاة والسلام الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة) قال صاحب العناية وجه الاستدلال أن اللام للجنس كقوله عليه

(قوله ينتظر له ان كان غائبا) فان قيل المراد به أحق بها عرضا عليه البيع ألا ترى انه فسر الحق بالانتظار اذا كان غائبا قلنا ان النبي عليه السلام جعله أحق على الاطلاق فيكون أحق بها قبل البيع و بعده وقوله ينتظر تفسير لما تنظمه كلمة أحق (قوله اذا كان طريقهما واحدا) المراد به جار هو شريك في الطريق و يثبت الحكم في الشرب بدلالته لان الشفعة انما تثبت بالشركة في الطريق باعتبار الخلط وقد وجدت في الشرب وقال الشافعي رحمه الله لا شفعة بالجوار لقوله عليه السلام الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة وهذا يقتضي ان جنس الشفعة فيما لم يقسم اذ الالف واللام للجنس لعدم المعهود والدليل عليه انه قال في رواية انما الشفعة فيما لم يقسم وانما لتقرير الحكم في المذكور ونفيه عما عداه (قوله وصرفت الطرق) أي جعل لكل قسم طريق على حدة

ينتظر له وان كان غائبا اذا كان طريقهما واحدا) والمراد بالجار الشريك في حق الدار بدليل قوله ان كان طريقهما واحدا وقوله ينتظر له وان كان غائبا يعني يكون على شفعته مدة غيبته اذلا تأثير للغيبة في ابطال حق تقرر سببه قيل معناه أحق به عرضا عليه للبيع ألا يرى أنه فسر الحق بالانتظار وان كان غائبا وأجيب بأنه صلى الله عليه وسلم جعله أحق على الاطلاق قبل البيع و بعده وقوله ينتظر تفسير لبعض ما شمله كلمة أحق وهو كونه على شفعته مدة الغيبة وهو قوله صلى الله عليه وسلم الجار أحق بسقبه قيل يا رسول الله ما سقبه قال شفعته وفي رواية الجار أحق بشفعته والحديث الاول يدل على ثبوت الشفعة للشريك في نفس المبيع والثاني للشريك في حق المبيع والثالث للجار (وقال الشافعي رحمه الله لا شفعة للجار لقوله صلى الله عليه وسلم الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة) ووجه الاستدلال ان اللام للجنس لقوله صلى الله عليه وسلم الائمة من قريش فتنحصر الشفعة فيما لم يقسم يعني اذا كان قابلا للقسمة وأما اذا لم يكن فلا شفعة فيه عنده وانه قال فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة فيه وفيه دلالة ظاهرة على عدم الشفعة في المقسوم والشريك في حق المبيع والجار حق كل منهما مقسوم فلا شفعة فيه

(قوله ألا يرى أنه فسر الاحق بالانتظار) أقول يشير الى أن قوله ينتظر له جملة تفسيرية (قوله وان كان غائبا) أقول مقتضى كلمة ان الوصلية أنه اذا لم يكن غائبا ينتظر له بالطريق الاولى ففي كلامه بحث تأمله قال المصنف (و يروى الجار أحق بشفعته) أقول ينبغي أن يكون أحق صفة لا اسم التفضيل اذ لا حق في الشفعة لما دون الجار (قوله وانه قال فاذا وقعت الحدود الخ) أقول معطوف على قوله أن اللام للجنس الخ (قوله والشريك في حق المبيع والجار حق كل منهما مقسوم) أقول فان قيل كيف يكون حق الشريك في حق المبيع مقسوما قلنا مراده حق كل منهما من الملك

ولان

ولان حق الشفعة معدول به عن سنن القياس لما فيه من تملك المال على الغير من غير رضاه وقد ورد الشرع به فيما لم يقسم وهذا ليس فى معناه لان مؤنة القسمة تلزمه فى الاصل دون الفرع ولنا ما روينا

الصلاة والسلام الائمة من قريش فتنحصر الشفعة فيما لم يقسم يعنى اذا كان قابلا للقسمة وأما اذا لم يكن فلا شفعة فيه عنده وأنه قال فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة وفيه دلالة ظاهرة على عدم الشفعة فى المقسوم والشريك فى حق المبيع والجار حق كل منهما مقسوم فلا شفعة فيه الى هنا كلامه اه (أقول) فى تقريره نوع خلل لان قوله والشريك فى حق المبيع والجار حق كل منهما مقسوم يناقض أوله آخره فان معنى الشريك فى حق المبيع من لم يكن حقه مقسوما بل كان حق المبيع مشاعا بينه وبين الآخر وقد حكم عليه بكون حقه مقسوما وذلك تناقض لا يخفى وقصد بعض الفضلاء دفع ذلك حيث قال فان قيل كيف يكون حق الشريك فى حق المبيع مقسوما قلنا مراده حق كل منهما من الملك اه (أقول) فحينئذ يختل تفريع قوله فلا شفعة فيه على قوله والشريك فى حق المبيع والجار حق كل منهما مقسوم اذ لا يلزم من كون حق كل منهما من الملك فقط مقسوما أن لا يثبت فيه شفعة على مقتضى دلالة قوله فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة فان دلالته على عدم الشفعة فى المقسوم من جهتين معا أى من جهة نفس الملك كما دل عليه قوله فاذا وقعت الحدود ومن جهة حق المبيع وهو الطريق كما دل عليه قوله وصرفت الطرق والاولى فى تقرير المقام أن يقال وأنه قال فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة وفيه دلالة ظاهرة على عدم الشفعة فى المقسوم من جهة وقوع الحدود ومن جهة صرف الطرق والجار الملاصق حقه مقسوم من تينك الجهتين معا فلا شفعة فيه اذ على هذا التقرير يقع الاختلال بالكلية ويطابق الشرح المشروح فان المصنف قال وقال الشافعى لا شفعة بالجوار وذكر الحديث المذكور دليلا عليه ولم يتعرض لغير الجوار ثم طعن صاحب النهاية فى تخصيصه بالجوار بالذكر حيث قال ليس لتخصيص هذا زيادة فائدة لان الشافعى كما لا يقول بالشفعة بالجوار فكذلك لا يقول بالشفعة بالشركة فى الحقوق أيضا وكذلك لا يقول بالشفعة فيما لا يحتمل القسمة كالبئر والنهر اه ولكن يمكن أن يقال وجه تخصيصه ذلك بالذكر عدم مساعدة دليل الشافعى لعدم ثبوت الشفعة الا فى حق الجار تدبر (قوله وقد ورد الشرع به فيما لم يقسم وهذا ليس فى معناه لان مؤنة القسمة تلزمه فى الاصل دون الفرع) فسر صاحب معراج الدراية وصاحب العناية والشارح العينى المشار اليه بهذا فى قول المصنف وهذا ليس فى معناه بالجار حيث قالوا وهذا أى الجار وقال صاحب العناية وحده بعد أن قال أى الجار يعنى شفعة الجار وسكت غير هؤلاء الشراح عن تفسيره هاهنا وفسر عامتهم الفرع فى قوله دون الفرع بالجار أيضا وفسره صاحب العناية بالمقسوم وتبعه العينى وأجمعوا على تفسير الاصل بما لم يقسم (أقول) الحق الواضح عندى أن المراد بهذا والفرع كليهما هو المقسوم لا غير لانه لا حاصل لان يقال الجار ليس فى معنى ما لم يقسم اذ لم يقل أحد بان الجار فى حكم ما لم يقسم وانما قلنا ان المقسوم فى حكم ما لم يقسم اذا وجد الاتصال بملك البائع ولا صحة لان يقال الجار

(قوله لان مؤنة القسمة تلزمه فى الاصل) أى فى فصل الشركة دون الفرع وهو الجوار (قوله ولنا ما روينا) أراد به قوله عليه السلام الجار أحق بسقبه وفيما روى بيان ان للشريك شفعة وتخصيص الشئ بالذكر لا يدل على نفى الحكم فيما عداه وانما قد يقتضى تأكيد المذكور لا نفى غير المذكور قال الله تعالى انما أنت منذر وآخر الحديث ليس بثابت ولئن ثبت فالمراد به نفى الشفعة الثابتة بسبب الشركة عملا بما روينا أو معناه فلا شفعة بسبب القسمة الحاصلة بوقوع الحدود وصرف الطرق فكان الموضع موضع اشكال لان فى القسمة معنى المبادلة وربما يشكل انه هل يستحق بها الشفعة فبين رسول الله عليه السلام انه لا يستحق الشفعة بالقسمة ولا يلزم الجار المقابل لان الضرر هنا ليس بسبب اتصال الملك فلا يستحق دفعه لحق الملك فان الشفعة حق الملك فيستحق به دفع ضرر يلحقه بسبب اتصال الملك

قوله (ولان حق الشفعة) دليل له معقول وتقريره أن حق الشفعة معدول به عن سنن القياس لما فيه من تملك المال على الغير بلا رضاه فكان الواجب أن لا يثبت حق الشفعة أصلا لكن ورد الشرع به فيما لم يقسم فلا يلحق به غيره قياسا أصلا ولا دلالة اذا لم يكن فى معناه من كل وجه (وهذا) أى الجار يعنى شفعة الجار ليس فى معنى ما ورد به الشرع لان ثبوتها فيه لضرورة دفع مؤنة القسمة التى تلزمه وقوله (فى الاصل) أى فيما لم يقسم ولا مؤنة عليه فى الفرع وهو المقسوم ويفهم من جملة كلامه أن نزاعه ليس فى الجار وحده بل فيه وفى الشريك فى حق المبيع لانه مقسوم أيضا وفيما لم يحتمل القسمة كالبئر والحمام (ولنا ما روينا) من الاحاديث من قوله عليه الصلاة والسلام جار الدار أحق بالدار رواه الترمذى وقال حديث حسن صحيح وقوله عليه الصلاة والسلام الجار أحق بسقبه رواه البخارى وأبو داود

(قوله وهذا أى الجار يعنى شفعة الجار الخ) أقول الاولى أن يقال أى محل النزاع

(ولان ملك الشفيع متصل بملك الدخيل اتصال تابيد وقرار) وهو ظاهر لانه المفروض وقوله تابيد احتراز عن المنقول والسكنى بالعارية وقوله وقرار احتراز عن المشترى شراء فاسدا فانه لاقرار له لوجوب النقض دفعا للفساد وكل ماهو كذلك فله حق الشفعة عند وجود المعاوضة بالمال وهو لا احتراز عن الاجارة والمرهونة والمجعولة مهرا اعتبارا أى الحاقا بالدلالة بمورد الشرع وهو مالا يقسم ولامعنى لقوله وهذا ليس فى معناه لانه فى معناه (لان الاتصال على هذه الصفة) يعنى اتصال التأبيد والقرار (انما انتصب سببا فى مورد الشرع لدفع ضرر الجوار اذ الجوار مادة المضار) من ايقاد النار واثارة الغبار ومنع ضوء النهار واعلاء الجدار للاطلاع على الصغار والكبار (وقطع هذه المادة بتملك الاصيل) يعنى الشفيع (أولى لان الضرر فى حقه بازعاجه عن خطة آبائه أقوى) فيلحق به دلالة وحاصله أن الاصيل دافع والدخيل رافع والدفع أسهل من الرفع

(قوله وقوله تابيد احتراز عن المنقول) أقول ليس للمستعير ملك حتى يحترز عنه ثم قوله السكنى أراد به المسكونة بها (قوله وهو احتراز عن الاجارة) أقول فيه أنه ليس للمستاجر والمرتهن ملك فى رقبة المستأجر والمرهون فلامعنى للاحتراز عنهما ثم ليس فيهما اتصال تابيد الا أن يقال المراد الدار المجعولة أجرة ثم أقول واحترز بهذا القيد أيضا عن الموروثة والموهوبة والموصى بها قال المصنف (لان وضرر الضرر فى حقه بازعاجه عن خطة آبائه أقوى) أقول الدليل أخص من المدعى فان الشفيع لا يلزم أن يكون فى خطة آبائه بل قد يكون مالكا بالشراء أو الهبة (قوله والحاصل أن الاصيل دافع والدخيل رافع) أقول فيه أن الاصيل رافع لملك المشترى وهو دافع

لان ملكه متصل بملك الدخيل اتصال تابيد وقرار فيثبت له حق الشفعة عند وجود المعاوضة بالمال اعتبارا بمورد الشرع وهذا لان الاتصال على هذه الصفة انما انتصب سببا فيه لدفع ضرر الجوار اذ هو مادة المضار على ماعرف وقطع هذه المادة بتملك الاصل أولى لان الضرر فى حقه بازعاجه عن خطة آبائه أقوى

فرع لما لم يقسم لان الذى فى حكم مالم يقسم انما هو المقسوم لا الجار نفسه وهذا مما لا استراة به فعامة الشراح خرجوا فى تفسير كل من الموضعين عن سنن الصواب وأما صاحب العناية فقد أصاب فى تفسير الفرع حيث قال فيه وهو المقسوم ولم يصب فى تفسير هذا حيث قال فيه أى الجار الا أنه لما ذاق بشاعة هذا التفسير قال بعده يعنى شفعة الجار لكنه ليس بتام أيضا اذ لم يقل أحد أيضا بان شفعة الجار فى معنى نفس مالم يقسم الا أن يقدر مضاف آخر فى قوله معناه أيضا فيصير المعنى ليس فى معنى شفعته أى شفعة مالم يقسم لكن لا يخفى أنه تمحل بعد تمحل بلا ضرورة داعية الى شئ منهما فالحق ماقلته (قوله ولان ملكه متصل بملك الدخيل اتصال تابيد وقرار) قال تاج الشريعة ذكر التأبيد احتراز عن المنقول والسكنى بالعارية وذكر القرار احتراز عن المشترى شراء فاسدا فانه لاقرار له اذ النقض واجب دفعا للفساد اهـ واقتفى أثره صاحب العناية ورد بعض الفضلاء قوله والسكنى بالعارية حيث قال ليس للمستعير ملك حتى يحترز عنه اهـ (أقول) ان لم يكن له ملك من حيث الرقبة فله ملك من حيث المنفعة لان الاعارة تمليك المنافع بلا عوض على ماعرف فى كتاب العارية فكان قوله لان ملكه متصل بملك الدخيل متناولا لدار المسكونة بالعارية أيضا فحصل بقوله اتصال تابيد الاحتراز عن مثل ذلك (قوله فيثبت له حق الشفعة عند وجود المعاوضة بالمال اعتبارا بمورد الشرع) قال تاج الشريعة قوله عند وجود المعاوضة بالمال احتراز عن الاجارة والدار الموهوبة والمجعولة رهنا اهـ وقال صاحب العناية وهو احتراز عن الاجارة والمرهونة والمجعولة مهرا اهـ وتبعه الشارح العينى (أقول) فيه بحث لان المستأجر وان كان له ملك فى الدار المستأجرة من حيث المنفعة لان الاجارة تمليك المنافع بعوض فتحقق له فيها نوع ملك كما فى المستعير على مامر آنفا الا أن كلا منهما قد خرجا بقوله اتصال تابيد فيما قبل فما معنى الاحتراز عن الاجارة مرة أخرى بقوله ههنا عند وجود المعاوضة بالمال وأما المرتهن فلا ملك له فى الدار المرهونة لامن حيث الرقبة ولا من حيث المنفعة فقد خرج بالملك المذكور من قبل قطعا مع قطع النظر عن قيد التابيد فلامعنى للاحتراز عن الدار المرهونة بالقيد المذكور ههنا أصلا والحق أن هذا القيد للاحتراز عن مثل الدار الموروثة والموهوبة والموصى بها والمجعولة مهرا فان فى كل منها يتحقق الملك والتأبيد والقرار لكن لا شفعة فيها لعدم تحقق المعاوضة المالية فى شئ منها (قوله لان الضرر فى حقه بازعاجه عن خطة آبائه أقوى) قال بعض الفضلاء الدليل أخص من المدعى فان الشفيع لا يلزم أن يكون فى خطة آبائه بل قد يكون مالكا بالشراء أو الهبة اهـ (أقول) المعنى المقصود من هذا الدليل أن الضرر فى حقه بازعاجه عن خطته الاصلية المتقررة أقوى فيما كان ملكا له بالشراء أو الهبة الا أنه عبر عن أصالة خطته وتقررها باضافتها الى آبائه مبالغة فى بيان أصالتها وتقررها وبناء

(قوله اتصال تابيد) احترازا عن المنقول والسكنى بالعارية وذكر القرار احترازا عن المشترى شراء فاسدا فانه لاقرار له اذ الواجب النقض دفعا للفساد (قوله عند وجود المعاوضة بالمال) احترازا عن الاجارة والدار الموهوبة والمجعولة مهرا (قوله على هذه الصفة) أى اتصال تابيد وقرار (قوله اذ هو مادة المضار) من ايقاد النار واثارة الغبار ومنع ضوء النهار باعلاء الجدار (قوله وقطع هذه المادة بتملك الاصل أولى) جواب اشكال وهو ان يقال الشفيع ان تضرر بالدخيل فالدخيل يتضرر به أيضا لتملك الشفيع ماله عليه فاجاب بان دفع هذه المادة بتملك الشفيع أولى لان الضرر فى حقه بازعاجه عن خطة آبائه أقوى

(قوله وضرر القسمة مشروع) جواب عن قوله لان مؤنة القسمة تلزمه جعل العلة المؤثرة فى استحقاق الشفعة عند البيع لزوم مؤنة القسمة فانه لو لم يأخذ الشفيع المبيع بالشفعة طالبه المشترى بالقسمة فيلحقه بسببه مؤنة القسمة وذلك ضرر به فمكنه الشرع من أخذ الشفعة دفعا للضرر عنه وتقرير الجواب أن مؤنة القسمة أمر مشروع لا يصلح علة لتحقيق ضرر غيره وهو التملك على المشترى من غير رضاه ولم يذكر الجواب عن استدلاله بالحديث لانه فى حيز التعارض وقد أجاب بعضهم بان قوله عليه الصلاة والسلام الشفعة فيما لم يقسم من باب تخصيص الشئ بالذكر وهو لا يدل على نفى ما عداه وبان قوله فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق مشترك الالزام لانه صلى الله عليه وسلم علق عدم الشفعة بالامرين وذلك يقتضى أنه اذا وقعت الحدود ولم تصرف الطرق بان كان الطريق واحدا تجب الشفعة وانما نفى الشفعة فى هذه الصورة لانها موضع الاشكال لان فى القسمة معنى المبادلة فربما يشكل أنه هل يستحق بها الشفعة أولا فبين رسول الله صلى الله عليه وسلم عدم الشفعة فيها

وضرر القسمة مشروع لا يصلح علة لتحقيق ضرر غيره

على ما هو الاكثر وقوعا فى العادة فاختصاصة الدليل المذكور بالنظر الى ظاهر اللفظ دون المعنى المقصود منه فلا محذور فيه (قوله وضرر القسمة مشروع لا يصلح علة لتحقيق ضرر غيره) هذا جواب عن قول الشافعى لان مؤنة الضرر تلزمه فى الاصل دون الفرع يعنى أن التعليل بذلك غير صحيح لان مؤنة القسمة أمر مشروع لا يصلح علة لتحقيق ضرر غير مشروع وهو تملك مال الغير بدون رضاه كذا فى الشروح قال صاحب العناية بعد بيان ذلك ولم يذكر الجواب عن استدلاله بالحديث لانه فى حيز التعارض اهـ (أقول) هذا عذر بارد بل كاسد لان كون الحديث الذى استدل به الخصم فى حيز التعارض بالحديث الذى رويناه لا يسوغ الاستغناء عن ذكر الجواب فان حكم التعارض هو التساقط ان لم يظهر الرجحان فى أحد الجانبين ولم يتيسر المخلص الجامع بينهما عند الطلب كما عرف فى علم أصول الفقه وعلى تقدير التساقط ههنا يلزم أن لا يثبت مدعانا كما لا يثبت مدعاه وذلك يخل بمطلوبنا ههنا لا محالة فلا بد من الجواب اما ببيان الرجحان فيما رويناه أو ببيان المخلص على وفق قاعدة الاصول اللهم الا أن يقال يكفينا دليلنا العقلى عند تحقق حكم التعارض بين الاحاديث لكن فيه ما فيه وقال صاحب العناية وقد أجاب بعضهم بان قوله عليه الصلاة والسلام الشفعة فيما لم يقسم من باب تخصيص الشئ بالذكر وهو لا يدل على نفى ما عداه وبان قوله فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق مشترك الالزام لانه عليه الصلاة والسلام علق عدم الشفعة بالامرين وذلك يقتضى أنه اذا وقعت الحدود ولم تصرف الطرق بان كان الطريق واحدا تجب الشفعة اهـ (أقول) فى كل من هذين الجوابين نظر أما فى الاول وهو الذى ذكر فى الكافى وعامة الشروح فلان مدار استدلال الشافعى بقوله عليه الصلاة والسلام الشفعة فيما لم يقسم ليس على مجرد تخصيص كون الشفعة فيما لم يقسم بالذكر حتى يتم الجواب عنه بان تخصيص الشئ بالذكر لا يدل على نفى ما عداه بل مدار استدلاله بذلك على أن اللام فى الشفعة للجنس لعدم المعهود فيقتضى قصر الشفعة على ما لم يقسم كما فى قوله عليه الصلاة والسلام الائمة من قريش وقد صرح بابه فى أثناء تقرير وجه استدلاله بذلك ولا ريب أن أداة القصر تدل على نفى ما عدا المذكور فالاولى فى الجواب عنه ما ذكره تاج الشريعة وهو أن الالف واللام كما تدخلان فى الاسم للاستغراق تدخلان فيه للمبالغة كما يقال العالم فى البلد فلان وان كان فيه علماء واذا كان كذلك يكون المراد بما فى ذلك الحديث أقوى الاسباب ونحن نقول ان حق الشفعة فيما لم يقسم أقوى ولهذا قدمناه على غيره اهـ وأما فى الثانى فلان حصول الالزام للشافعى بقوله فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق على الوجه المذكور فى الجواب المزبور ممنوع فان الشافعى وان قال بمفهوم المخالفة الا أن له شرائط عنده منها أن لا يخرج الكلام مخرج العادة كما فى قوله تعالى وربائبكم اللاتى فى حجوركم على ما عرف فى الاصول فله أن يقول فيما نحن فيه ان قوله وصرفت الطرق خرج مخرج العادة بكون صرف الطرق عند القسمة غالب الوقوع فلا يدل على أنه اذا كان الطريق واحدا تجب الشفعة ولئن سلم حصول الالزام له بذلك فلا ينبغى أن يقال انه مشترك الالزام لان فيه اعترافا بكونه ملزما ايانا أيضا ولو كنا ملزمين بذلك فى هذه المسئلة فما الفائدة لنا فى كون الشافعى أيضا ملزما به وتلك المقدمة انما يصار اليها فى العلوم العقلية عند الضرورة وعلى هذا لم يقع التعبير بانه مشترك الالزام فى غير كلام صاحب العناية فالاولى فى الجواب عن آخر ذلك الحديث وهو قوله فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة ما أشير اليه فى الكافى وذكر فى كثير من الشروح من أنه لم يثبت كون ذلك من نفس الحديث بل يجوز

(قوله وضرر القسمة مشروع) جواب عن قول الشافعى رحمه الله لان مؤنة القسمة تلزمه فى الاصل يعنى ان ضرر

قال المصنف (وضرر القسمة مشروع الخ) أقول اذا حمل كلام المصنف على المنع والسند لا يرد عليه شئ مما يتوهم وروده (قوله لتحقيق ضرر غيره وهو التملك) أقول قوله هو راجع الى الضرر (قوله لانه عليه الصلاة والسلام علق عدم الشفعة بالامرين) أقول الاصل فى اللام اذا لم يكن ثمة معهود أن يحمل على الاستغراق كما بين فى الاصول وقد سبق أن استدلاله على مطلوبه بهذا الطريق (قوله وذلك يقتضى الى قوله تجب الشفعة) أقول لا اعتبار لمفهوم الشرط عندنا وعند الشافعية لاعتباره شرائط واجتماعها ممنوع ههنا ولعل ذكر صرف الطريق لكونه موجودا غالبا عند القسمة فهو خارج مخرج العادة فليتأمل (قوله وانما نفى الشفعة فى هذه الصورة) أقول أى فى صورة القسمة

وأما الترتيب فلقوله عليه الصلاة والسلام الشريك أحق من الخليط والخليط أحق من الشفيع فالشريك في نفس المبيع والخليط في حقوق المبيع والشفيع هو الجار ولان الاتصال بالشركة في المبيع أقوى لانه في كل جزء وبعده الاتصال في الحقوق لانه شركة في مرافق الملك والترجيح يتحقق بقوة السبب ولان ضرر القسمة ان لم يصلح علة صلح مرجحا قال (وليس للشريك في الطريق والشرب والجار شفعة مع الخليط في الرقبة) لما ذكرنا أنه مقدم

أن يكون من كلام الراوي فلا يكون حجة للخصم في عدم استحقاق الشفعة للجار مع ما صح من الاحاديث الدالة على ثبوت الشفعة للجار وان ثبت كونه من نفس الحديث فالمراد نفي الشفعة الثابتة بسبب الشركة عملا بما رويناه أي جمعا بين ذلك الحديث وبين ما رويناه ومعناه فلا شفعة بسبب القسمة الحاصلة بوقوع الحدود وصرف الطرق وانما قال هذا لان القسمة لما كان فيها معنى المبادلة كانت موضع أن يتوهم استحقاق الشفعة بها كالبيع فبين النبي صلى الله عليه وسلم عدم ثبوت الشفعة بها ازالة لذلك الوهم وأورد علينا من قبل الشافعي أنه عليه الصلاة والسلام قال في رواية انما الشفعة فيما لم يقسم وانما لاثبات المذكور ونفي ما عداه وأجيب عنه بعبارات مختلفة قال في الكافي والكفاية وانما قد تقتضي تأكيد المذكور لا نفي غير المذكور قال الله تعالى انما أنت منذر اهـ وقال في النهاية وكلمة انما قد تجيء للاثبات بطريق الكمال كما يقال انما العالم في البلد زيد أي الكامل فيه والمشهور به زيد ولم يرد به نفي العلم عن غيره وههنا كذلك فان الشريك الذي لم يقاسم هو الشريك في البقعة وهو كامل في سبب استحقاق الشفعة حتى لا يزاحمه غيره فكان محمولا على اثبات المذكور بطريق الكمال دون نفي غيره اهـ وقال في البدائع أما الحديث فليس في صدره نفي الشفعة عن المقسوم لان كلمة انما لا تقتضي نفي غير المذكور قال الله تعالى انما أنا بشر مثلكم وهذا لا ينفي أن يكون غيره صلى الله عليه وسلم بشرا مثلهم اهـ (أقول) فيما ذكر في البدائع خلل بين اذ قد تقرر في علم الادب أنه يؤخر المقصور عليه في انما ولا يجوز تقديمه على غيره فالمقصور في قوله تعالى انما أنا بشر مثلكم مدلول أنا والمقصور عليه هو البشرية ولا شك أن المراد بالمذكور في قولهم انما لاثبات المذكور ونفي غير المذكور هو المقصور عليه اذ باثبات ذلك ونفي غيره يحصل معنى القصر عليه كما لا يخفى فقوله وهذا لا ينفي أن يكون غيره عليه الصلاة والسلام بشرا مثلهم لا يدل على أن لا تقتضي كلمة انما نفي غير المذكور الذي هو المقصور عليه لان المقصور عليه في قوله تعالى انما أنا بشر مثلكم انما هو البشرية لا غيره عليه الصلاة والسلام والحاصل أن كلمة انما في الآية المذكورة لقصر المسند اليه على المسند دون العكس لا محالة وقوله وهذا لا ينفي أن يكون غيره عليه الصلاة والسلام بشرا مثلهم يبتني على أن يكون المراد هو العكس فليس بصحيح قطعا (قوله وأما الترتيب فلقوله عليه الصلاة والسلام الشريك أحق من الخليط والخليط أحق من الشفيع فالشريك في نفس المبيع والخليط في حقوق المبيع والشفيع هو الجار) قال صاحب غاية البيان فسر صاحب الهداية الشريك بمن كان شريكا في نفس المبيع والخليط بمن كان شريكا في حقوق المبيع وهما في اللغة سواء اهـ واقتفى أثره الشارح العيني (أقول) ان كان مرادهما مؤاخذة المصنف بتفسيره المزبور كما هو المتبادر من ظاهر لفظهما فالجواب هين فانه لما وقع في الحديث الشريك أحق من الخليط علم أن المراد بالشريك هناك غير الخليط اذ لا معنى لكون الشيء أحق من نفسه فلا بد أن يحمل أحدهما على نوع مما أطلق عليه في اللغة والآخر على نوع آخر منه ثم لما كانت مزية الشركة في نفس المبيع على الشريك في حقوق المبيع أظهر وأجلى فسر المفضل بالاول والمفضل عليه بالثاني ولم يعكس فلا غبار عليه (قوله قال وليس للشريك في الطريق والشرب والجار شفعة مع الخليط في الرقبة) أقول لا نرى لقوله هذا فائدة سوى الايضاح والتأكيد بعد أن قال قبيله الشفعة واجبة للخليط في نفس المبيع ثم للخليط في حق المبيع كالشرب والطريق ثم للجار فان ذلك كما

(والدليل على الثاني) أعني على الترتيب (قوله صلى الله عليه وسلم الشريك أحق من الخليط والخليط أحق من الشفيع) قال المصنف رحمه الله (فالشريك في نفس المبيع والخليط في حقوق المبيع والشفيع هو الجار) ودلالته على الترتيب غير خافية وهو حجة على الشافعي رحمه الله (ولان الاتصال) دليل عقلي على الترتيب وهو ظاهر وكذا قوله (ولان ضرر القسمة) يعني قد ذكرنا أن دفع ضرر مؤنة القسمة لم يصلح علة للاستحقاق لكنه ان لم يصلح علة الاستحقاق صلح مرجحا لان الترجيح أبدا انما يقع بما لا يكون علة للاستحقاق قال (وليس للشريك في الطريق والشرب الخ) اذا ثبت الترتيب ثبت أن المتأخر ليس له حق الا اذا سلم المتقدم في ظاهر الرواية

القسمة ضرر مستحق عليه شرعا وما وجب شرعا وصار حقا عليه لا يصلح علة لتحقق ضرر المشتري بتملك ماله بغير

فان سلم فللمتاخر أن يأخذ بالشفعة لان السبب قد تقرر فى حق الكل الا أن للشريك حق التقدم لكن من شرط ذلك أن يكون الجار طلب الشفعة مع الشريك اذا علم بالبيع ليمكنه الاخذ اذا سلم الشريك فان لم يطلب حتى سلم الشريك فلا حق له بعد ذلك وأبو يوسف رحمه الله فى غير ظاهر الرواية يجعل المتقدم حاجبا فلا فرق اذا ذاك بين الاخذ والتسليم والشريك فى المبيع قد يكون فى بعض منها كما فى منزل معين من الدار مثل أن يكون فى دار كبيرة بيوت وفى بيت منها شركة فالشفعة للشريك دون الجار وكذا هو مقدم على الجار فى بقية

قال (فان سلم فالشفعة للشريك فى الطريق فان سلم أخذها الجار) لما بيناه من الترتيب والمراد بهذا الجار الملاصق وهو الذى على ظهر الدار المشفوعة وبابه فى سكة أخرى وعن أبى يوسف أن مع وجود الشريك فى الرقبة لا شفعة لغيره سلم أو استوفى لانهم محجوبون به ووجه الظاهر أن السبب تقرر فى حق الكل الا أن للشريك حق التقدم فاذا سلم كان لمن يليه بمنزلة دين الصحة مع دين المرض والشريك فى المبيع قد يكون فى بعض منها كما فى منزل معين من الدار أو جدار معين منها وهو مقدم على الجار فى المنزل وكذا على الجار فى بقية الدار

أفاد ثبوت حق الشفعة لكل واحد من هؤلاء أفاد الترتيب أيضا كما صرح به صاحب الهداية كيف لا وكلمة ثم صريحة فى افادة التأخير وليس للمتأخر فى الاستحقاق حق عند وجود المتقدم فيه بلا ريب (قوله فان سلم فالشفعة للشريك فى الطريق فان سلم أخذها الجار لما بيناه من الترتيب) أقول تعليل هذه المسئلة بقوله لما بيناه من الترتيب غير تام لان ما بينه من الترتيب لا يقتضى أن يستحق المتأخر عند وجود المتقدم وتسليمه لجواز أن يكون المتأخر محجوبا بالمتقدم كما فى الميراث على ما قال به أبو يوسف فى غير ظاهر الرواية اذ حينئذ لا يستحق المتأخر شيئا عند وجود المتقدم سلم أو استوفى مع بقاء الترتيب على حاله باتفاق الروايات وانما يكون التعليل المذكور تاما لو كانت المسئلة هكذا فان لم يوجد الخليط فى الرقبة فالشفعة للشريك فى الطريق أو الشرب فان لم يوجد هذا أيضا أخذها الجار لان الترتيب يقتضى هذا المعنى لا محالة فالمناسب أن يترك التعليل المذكور ههنا ويكتفى بما سيأتى من قوله ووجه الظاهر أن السبب تقرر فى حق الكل الخ (قوله والشريك فى المبيع قد يكون فى بعض منها كما فى منزل معين من الدار) قال

رضاه وانما المرفوع ضرر ليس بحق عليه شرعا (قوله والمراد بهذا الجار الملاصق وهو الذى على ظهر الدار المشفوعة) احترز به عن الجار المقابل (قوله وبابه فى سكة أخرى) احترازعما اذا كان بابه فى سكة غير نافذة فى هذه الدار (قوله والشريك فى المبيع قد يكون فى بعض منها كما فى منزل معين من الدار أو جدار معين منها) أى مع أرضه لان الشركة فى البناء المجرد لا توجب الشفعة وصورة الترتيب فى الشفعة منزل مشترك بين اثنين فى دار هى لقوم فى سكة غير نافذة اذا باع أحد الشريكين نصيبه من المنزل فالشريك فى المنزل أحق بالشفعة فان سلم فالشركاء فى الدار أحق بالشفعة من الشركاء فى السكة لانهم أمس قربا بالشركة بينهم فى صحن الدار فان سلموا فاهل السكة أحق بالشفعة للشركة فى الطريق فان سلموا فالجار الملاصق وهو الذى على ظهر هذا المنزل وباب داره فى سكة أخرى (قوله وهو مقدم على الجار فى المنزل) أى الشريك فى منزل معين من الدار أو جدار معين منها مقدم على الجار فى المنزل فى المغنى ثم الجار الذى هو مؤخر عن الشريك فى الطريق أن لا يكون شريكا فى الارض التى هى تحت الحائط الذى هو مشترك بينهما أما اذا كان شريكا فيه لا يكون مؤخرا بل يكون مقدما وصورة ذلك أن تكون أرض بين اثنين غير مقسومة بنيا فى وسطها حائطا ثم اقتسما الباقى فيكون الحائط وما تحت الحائط من الارض مشتركا بينهما فكان هذا الجار شريكا فى بعض المبيع أما اذا اقتسما الارض قبل بناء الحائط وخطا خطا فى وسطها ثم أعطى كل واحد منهما شيأ حتى بنيا حائطا فكل واحد منهما جار لصاحبه فى الارض شريك فى البناء لا غير والشريك فى البناء لا غير يوجب الشفعة (قوله وكذا على الجار فى بقية الدار) أى كما هو مقدم على الجار فى المنزل كذلك هو مقدم على الجار فى بقية الدار وذكر القدورى أن

الدار فى أصح الروايتين عن أبى يوسف رحمه الله لان اتصاله أقوى لان المنزل من حقوق الدار ومرافقها ولهذا يدخل فى بيع الدار متى ذكر مع كل حق هو لها والبقعة واحدة أراد الموضع الذى هو مشترك بين البائع والشفيع وذلك فى حكم شئ واحد فاذا صار أحق بالبعض كان أحق بالجميع والرواية الاخرى أنه والجار سواء فى بقية الدار ثم لا بد أن يكون الطريق والشرب خاصا حتى يستحق به الشفعة وفسر الخاص بما اختاره من بين التفاسير المذكورة له والقراح من الارض كل قطعة على حيالها ليس فيها شجر ولا شائبة شجر

قال المصنف (ووجه الظاهر أن السبب قد تقرر فى حق الكل الخ) أقول والفرق بين الميراث وما نحن فيه حيث لا يرث الاخ لاب مثلا اذا أسقط الاخ لاب وأم حقه مع تقرر السبب فى حق الكل وهو الاخوة أن الميراث ملك اضطرارى لا يسقط باسقاط العبد بخلاف حال الشفعة وبالجملة

أنا لا نسلم أنهم محجوبون به بل له حق التقدم فقط فتأمل (قوله وفى بيت منها شركة) أقول فرق بين البيت والمنزل على ما مر فى باب الحقوق من كتاب البيع ويجوز أن يقال المراد البيت مع توابعه (قوله أراد الموضع الذى هو مشترك بين البائع والشفيع) أقول الاولى أن يقول الموضع الذى بعضه مشترك بينهما والا فلا تحرك كلامه يخالف ظاهر أوله (قوله فاذا صار أحق بالبعض كان أحق بالجميع) أقول هذا يشمل الشركة فى حقوق الدار كالطريق مثلا كأن كان فى بيت من الدار شركة لرجل وباب هذا البيت الى الطريق العام وفى جانب آخر من الدار طريق

في أصح الروايتين عن أبي يوسف لان اتصاله أقوى والبقعة واحدة ثم لا بد أن يكون الطريق أو الشرب خاصا حتى تستحق الشفعة بالشركة فيه فالطريق الخاص أن لا يكون نافذا والشرب الخاص أن يكون نهرا لا تجري فيه السفن وما تجري فيه فهو عام وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وعن أبي يوسف أن الخاص أن يكون نهرا يسقى منه قراحان أو ثلاثة وما زاد على ذلك فهو عام وان كانت سكة غير نافذة يتشعب منها سكة غير نافذة وهي مستطيلة فبيعت دار في السفلى فلاهلها الشفعة خاصة دون أهل العليا وان بيعت للعليا فلاهل السكتين والمعنى ماذكرنا في كتاب أدب القاضي ولو كان نهر صغير يأخذ منه نهر أصغر منه فهو على قياس الطريق فيما بيناه قال (ولا يكون الرجل بالجذوع على الحائط شفيع شركة ولكنه شفيع جوار) لان العلة هي الشركة في العقار وبوضع الجذوع لا يصير شريكا في الدار الا أنه جار ملازق قال (والشريك في الخشبة تكون على حائط الدار جار) لما بينا قال (واذا اجتمع الشفعاء فالشفعة بينهم على عدد رؤسهم ولا يعتبر اختلاف الاملاك) وقال الشافعي هي على

في العناية أخذا من النهاية تمثيل أن يكون في دار كبيرة بيوت وفي بيت منها شركة فالشفعة للشريك دون الجار اه (أقول) في هذا التمثيل قصور لان المنزل عند الفقهاء دون الدار وفوق البيت وأقله بيتان أو ثلاثة نص عليه في المغرب وعلم ذلك فيما مر في باب الحقوق من كتاب البيوع فتمثيل الشركة في المنزل بشركة في بيت يخالف اصطلاح هذا الفن ولا ضرورة تدعو اليه في كلام المصنف فلا وجه لارتكابه (قوله والبقعة واحدة)

الشريك في الذي تحت الحائط يستحق الشفعة في كل المبيع بحكم الشركة عند محمد رحمه الله واحدى الروايتين عن أبي يوسف رحمه الله فيكون مقدما على الجار في كل المبيع وفي احدى الروايتين عن أبي يوسف رحمه الله يستحق الشفعة في الحائط بحكم الشركة ويستحق الشفعة في بقية الدار بحكم الجوار فيكون ذلك مع جارا آخر سيا (قوله والشرب الخاص أن يكون نهرا لا تجري فيه السفن) قيل أريد به أصغر السفن وما يجري فيه السفن فهي شركة عامة وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعن أبي يوسف رحمه الله الخاص أن يكون نهرا يسقى منه قراحان أو ثلاثة أو بستانان أو ثلاثة وما زاد على ذلك فهو عام القراح من الارض كل قطعة على حالها ليس فيها شجر ولا بناء وفي الذخيرة وعامة المشايخ على أن الشركاء في النهر اذا كانوا لا يحصون فهو نهر كبير وان كانوا يحصون فهو نهر صغير لكن اختلفوا بعد هذا في حد ما يحصى وما لا يحصى بعضهم قدر ما لا يحصى بخمسمائة وبعضهم بمائة وبعضهم بأربعين وبعض مشايخنا قالوا أصح ما قيل فيه أنه مفوض الى رأى كل مجتهد في زمانه ان رآهم كثيرا كانوا كثيرا وان رآهم قليلا كانوا قليلا فان كانت سكة غير نافذة تتشعب منها سكة غير نافذة وهي المستطيلة أي المنشعبة مستطيلة احترز به عن المستديرة فان الشفعة فيها لاهل السكتين (قوله فبيعت دار في السفلى) أي في المنشعبة فلاهلها الشفعة خاصة أي لان المنشعبة دون العليا لانه لا شركة لهم فيها ولا حق المرور وليس لهم أن يفتحوا فيها بابا فكانت كالمملوكة لاهلها بخلاف السكة الواحدة اذا بيعت دار في أقصاها كانت الشفعة بين أهل السكة الواحدة وان لم يكن لاهل الاعلى حق المرور في الاقصى لان السكة اذا كانت واحدة والطريق فيها واحد فالكل فيها شركة من أول السكة الى آخرها الا أن شركة البعض أكثر والترجيح لا يقع بالكثرة على ما عرف (قوله وان بيعت في العليا فلاهل السكتين) لان لاهل السفلى حق المرور فيها (قوله فهو على قياس الطريق فيما بيناه) وهو قوله فان كانت سكة غير نافذة تتشعب منها سكة غير نافذة الخ فان استحقاق الشفعة هناك باعتبار جواز التطرق فلذلك قال على قياس الطريق يعني لو بيع أرض متصلة بالنهر الاصغر كانت الشفعة لاهل النهر الاصغر لا لاهل النهر الصغير كما ذكرنا الحكم في السكة المنشعبة مع السكة المستطيلة العظمى (قوله جار) لما بينا أن العلة هي الشركة في العقار وبالشركة في الخشبة لا يكون شريكا في الدار (قوله واذا اجتمع الشفعاء فالشفعة بينهم على عدد رؤسهم ولا يعتبر اختلاف الاملاك وقال

وذكر استحقاق الشفعة في السكة وأحاله على ماذكر في كتاب القضاء وهو قوله لان فتحه للمرور ولا حق لهم في المرور وأصل ذلك أن استحقاق الشفعة وجواز فتح الباب يتلازمان فكل من له ولاية فتح الباب في سكة فله استحقاق الشفعة في تلك السكة ومن لا فلا وقد تقدم صورة ذلك ومن له الولاية ومن ليس له ذلك في ذلك الكتاب (ولو كان نهر صغير يأخذ منه نهر أصغر منه فهو على قياس الطريق فيما بينا) يعني قوله وان كانت سكة غير نافذة يتشعب منها سكة غير نافذة الخ فان استحقاق الشفعة هنالك باعتبار جواز التطرق فلذلك قال على قياس الطريق يعني لو بيع أرض متصلة بالنهر الاصغر كانت الشفعة لاهل النهر الاصغر لا لاهل النهر الصغير كما في السكة المنشعبة مع السكة المستطيلة العظمى وذكر مسئلة صاحب الجذوع وهي واضحة وقوله (لما بينا) اشارة الى قوله لان العلة هي الشركة في العقار قال (واذا اجتمع الشفعاء الخ) اذا اجتمع الشفعاء فالشفعة على عدد رؤسهم خلافا للشافعي رحمه الله فاذا كان الدار بين ثلاثة لاحدهم نصفها وللآخر ثلثها وللآخر سدسها باع صاحب النصف نصيبه وطلب الشريكان الشفعة قضى بينهما بذلك نصفين عندنا وعند الشافعي رحمه الله أثلاثا بقدر ملكهما لان الشفعة من مرافق الملك

خاص فيها شركة لرجل آخر فاذا بيعت الدار فالذي له شركة في البيت مقدم على من له شركة في الطريق مع أن هذا الدليل ينتظمهما والامر فيه سهل كما لا يخفى اذ المقصود هنا الفرق بين الشريك والجار وهو حاصل بهذا الدليل

مقادير

لانها التكميل منفعته وكل ماهو كذلك فهو مقدر بقدر الملك كالربح والغلة والولد والثمرة ولنا أنهم تساووا فى سبب الاستحقاق وهو الاتصال
ألا يرى أنه لو انفرد واحد منهم استحق كل الشفعة وهذا آية كمال السبب والتساوى فى سبب الاستحقاق يوجب التساوى فيه لامحالة ليثبت
الحكم بقدر دليله فان قيل الاتصال سبب الاستحقاق وصاحب الكثير أكثر اتصالا فأنى يتساويان أجاب بقوله وكثرة الاتصال تؤذن بكثرة
العلة لان الاتصال بكل جزء علة لماذكرنا أن صاحب القليل لو انفرد استحق الجميع والترجيح انما يكون بقوة فى الدليل
لابكثرته ولا قوة ههنا لظهور
الاخرى بمقابلتها حيث
يستحق صاحب القليل ولو
كان مرجوحا لما استحق
شيأ لان المرجوح يندفع فى
مقابلة الراجح وعورض بان
الهيئة الاجتماعية قد
تستلزم مالا يستلزمه الافراد
فيجوز أن يكون صاحب
القليل عند الانفراد يستحق
الجميع واذا انضم الى صاحب
الكثير يتفاوتان كالابن
فانه يستحق جميع التركة
عند انفراده والثلثين مع
البنت وأجيب بان الهيئة
الاجتماعية مطلقا تستلزم
ذلك أو التى لم تجتمع من
علتين مستقلتين والاول
ممنوع والثانى مسلم ولكن
مانحن فيه من علتين
مستقلتين والهيئة الاجتماعية
منهما لاتستلزم زيادة والا
لزم الترجيح بكثرة العلة
وليس بصحيح ألا ترى أن
الشاهدين والاربعة سواء
ولم تستلزم الهيئة الاجتماعية
زيادة ومسئلة الميراث ليست
مما نحن فيه اذلم يجتمع فى
الابن علتان ان ضمت
احداهما الى الاخرى
فاستلزمت الزيادة وانما
ذلك باعتبار تفاوت فى عصوبته بجعل الشارع كذلك من حيث الحالتان وقوله (وتملك ملك غيره) جواب عن جعله الشفعة من ثمرات الملك
يعنى أن التمكن من التملك لايجعل الشفعة من ثمرات ملكه كالاب فان له التمكن من تملك جارية ابنه ولا يعد ذلك من ثمرات ملكه

مقادير الانصباء لان الشفعة من مرافق الملك ألا يرى أنها التكميل منفعته فأشبه الربح والغلة والولد والثمرة
ولنا أنهم استووا فى سبب الاستحقاق وهو الاتصال فيستوون فى الاستحقاق ألا يرى أنه لو انفرد واحد منهم
استحق كل الشفعة وهذا آية كمال السبب وكثرة الاتصال تؤذن بكثرة العلة والترجيح بقوة فى الدليل لابكثرته
ولا قوة ههنا لظهور الاخرى بمقابلته وتملك ملك غيره لايجعل ثمرة من ثمرات ملكه بخلاف الثمرة وأشباهها

يعنى بقعة الدار المبيعة واحدة فاذا صار الشفيع أحق ببعضها كمنزل معين منها أو جدار معين منها صار أحق
بجميعها قال صاحب العناية فى شرح قوله والبقعة واحدة أراد الموضع الذى هو مشترك بين البائع والشفيع
وذلك فى حكم شئ واحد فاذا صار أحق بالبعض كان أحق بالجميع اه (أقول) فيه خلل لان الموضع الذى
هو مشترك بين البائع والشفيع فى مسئلتنا هو منزل معين من الدار أو جدار معين منها ووحدة ذلك لاتؤثر فى
استحقاق الشفيع جميع الدار وانما المؤثر فيه وحدة مجموع الدار وهى لاتلزم من تفسير الشارح المزبور
وأيضا قوله فاذا صار أحق بالبعض كان أحق بالجميع انما يطابق وحدة مجموع الدار المبيعة لاوحدة الموضع الذى
هو مشترك بين البائع والشفيع فكان بين أول كلامه وآخره تنافر لايخفى

الشافعى رحمه الله هى على مقادير الانصباء) بيانه دار بين ثلاثة لاحدهم نصفها ولآخر ثلثها ولآخر سدسها
فباع صاحب النصف نصيبه وطلب الآخران الشفعة قضى بالشقص المبيع بينهما) عند الشافعى رحمه
الله أثلاثا بقدر ملكهما وان باع صاحب السدس نصيبه قضى بينهما أخماسا وان باع صاحب الثلث
قضى بينهما أرباعا وعندنا قضى بينهما نصفان فى الكل وكذلك على أصلنا اذا بيعت ولها جاران جار من
ثلاثة جوانب والآخر من جانب واحد وطلبا الشفعة فهو بينهما نصفان (قوله فأشبه الربح) فان الشريكين
اذا اشتريا شيأ بخمسة عشر درهما مثلا ومال أحدهما خمسة ومال الآخر عشرة ثم باعاه فربحا ثلاثة دراهم
فالدرهمان لصاحب العشرة والدرهم الواحد لصاحب الخمسة لان الربح تبع للمال فكان بينهما على
قدر رأس مالهما والغلة بان كان حانوت بينهما أثلاثا فغلته أيضا تكون بينهما أثلاثا (قوله لو انفرد واحد
منهم استحق كل الشفعة) يعنى ان صاحب الكثير لو باع نصيبه كان لصاحب القليل ان يأخذ الكل
بالاتفاق كما لو باع صاحب القليل كان لصاحب الكثير ان يأخذ جميع المبيع لما ان ملك كل جزء علة
تامة لاستحقاق جميع المبيع بالشفعة فانما اجتمع فى حق صاحب الكثير علل وفى حق صاحب القليل علة
واحدة والمساواة تتحقق بين العلة الواحدة والعلل ألا ترى ان أحد المدعيين لو أقام شاهدين والآخر
عشرا فهما سواء وكذلك لو ان رجلا جرح رجلا جراحة واحدة وجرحه آخر عشر جراحات فمات استويا فى
حكم القتل والترجيح لقوة فى الدليل كالشريك يرجح على الجار وكحز الرقبة مع جرح الآخر فان حكم القتل
يضاف الى الحاز لا الى الجارح بالاتفاق لابكثرته لان مايصلح علة بانفراده لايصلح مرجحا لان عند ظهور الترجيح
كان المرجوح مدفوعا بالراجح وههنا حق صاحب القليل لايبطل أصلا فعرفنا انه لاترجيح فى جانبه من حيث
قوة العلة (قوله وتملك ملك غيره لايجعل ثمرة من ثمرات ملكه) أى القدرة على التملك لاتعد من ثمرات الملك
كالاب له ان يتملك جارية ابنه ولايعد من ثمرات ملكه (قوله بخلاف الثمرة واشباهها) فانها متولدة من
العين فيتولد بقدر الملك اما تملك ملك غيره فلا يتولد من ملكه فكيف يجعل كالثمرة واللبن والولد (قوله

(قوله وعورض بأن الهيئة الاجتماعية قد تستلزم مالا يستلزمه الافراد الخ) أقول وههنا أيضا كذلك فانه عند الاجتماع لايستحق الجميع
(قوله يعنى أن التمكن من التملك لايجعل الشفعة من ثمرات ملكه كالاب الخ) أقول فيه بحث

(قوله ولو أسقط بعضهم) يعني واذا اجتمع الشفعاء وأسقط بعضهم حقه فلا يخلوا اما أن يكون قبل القضاء له بحقه أو بعده فان كان قبله فالشفعة للباقين في الكل على عددهم دون انصبائهم كما تقدم لان السبب في حق كل واحد منهم كامل كما تقدم والانتقاص كان للمزاحمة وقد انقطعت بالتسليم ولو كان البعض غائبا يقضى بها بين الحاضرين على عددهم لان الغائب لعله لا يطلب يعني قد يطلب وقد لا يطلب فلا يترك حق الحاضرين بالشك وان قضى لحاضر بالجميع ثم حضر آخر وطلبها يقضى له بالنصف فان حضر ثالث فبثلث مافي يد كل واحد منهما تحقيقا للتسوية وان كان بعد القضاء له فليس للآخر أن يأخذ الا النصف لان القاضي لما قضى بينهما صار كل واحد منهما مقضيا عليه من جهة صاحبه فيما قضى به لصاحبه والمقضى عليه في قضية لا يصير مقضيا له فيها ولا فرق في هذا بين ما استووا في سببها وبين ما يكون بعضهم أقوى كالشريك مع الجار وكذا لو سلم أي أمر بعد ما قضى له بالجميع لا يأخذ القادم الا النصف وهو مسئلة الكتاب لان قضاء القاضي بالكل للحاضر قطع حق الغائب عن النصف بخلاف ما قبل القضاء قال (والشفعة تجب بعقد البيع) وهو يوهم أن الباء للسببية فيكون سببها العقد وليس كذلك (لان سببها الاتصال على ما بينا) يعني في قوله ولنا أنهم استووا في سبب الاستحقاق وهو الاتصال وهذا قول عامة المشايخ لانها انما تجب لدفع ضرر الدخيل عن الاصيل لسوء المعاملة والمعاشرة والضرر انما يتحقق باتصال ملك البائع بملك الشفيع ولهذا قلنا بثبوتها للشريك في حقوق المبيع وللجار لتحقق ذلك ورد بانه لو كان السبب لجاز تسليمها قبل المبيع لوجوده بعد السبب ألا ترى أن الابراء عن سائر الحقوق بعد وجود سبب الوجوب صحيح والوجه وأجيب بان المبيع شرط ولا وجود للمشروط قبله ورد بانه لا اعتبار لوجود الشرط بعد تحقق السبب في حق صحة التسليم كاداء الزكاة قبل الحول واسقاط الدين المؤجل قبل حلول الاجل والجواب أن ذلك شرط الوجوب ولا كلام فيه وانما هو في شرط الجواز وامتناع المشروط قبل تحقق الشرط غير خاف على أحد

ولو أسقط بعضهم حقه فهي للباقين في الكل على عددهم لان الانتقاص للمزاحمة مع كمال السبب في حق كل واحد منهم وقد انقطعت ولو كان البعض غيبا يقضى بها بين الحضور على عددهم لان الغائب لعله لا يطلب وان قضى لحاضر بالجميع ثم حضر آخر يقضى له بالنصف ولو حضر ثالث فبثلث مافي يد كل واحد تحقيقا للتسوية فلو سلم الحاضر بعد ما قضى له بالجميع لا يأخذ القادم الا النصف لان قضاء القاضي بالكل للحاضر يقطع حق الغائب عن النصف بخلاف ما قبل القضاء قال (والشفعة تجب بعقد البيع) ومعناه بعده لا أنه هو السبب لان سببها الاتصال على ما بيناه

(قوله والشفعة تجب بعقد البيع ومعناه بعده) أقول كون معناه بعده محل كلام من حيث العربية فان مجيء الباء بمعنى بعد لم يذكر في مشاهير كتب العربية فالاظهر أن تكون الباء في قوله تجب بعقد البيع بمعنى مع للمصاحبة والمقارنة فانه كثير شائع مذكور في عامة المعتبرات كتب الادب والمعنى المقصود ههنا يحصل به أيضا بلا كلفة كما لا يخفى على الفطن المتأمل فلا مقتضى للعدول عنه (قوله لا أنه هو السبب لان سببها الاتصال على ما بيناه) يعني في قوله ولنا أنهم استووا في سبب الاستحقاق وهو الاتصال كما ذكر في العناية وكثير من الشروح أو في قوله لان الاتصال على هذه الصفة انما انتصب سببا فيه لدفع ضرر الجوار كما ذكر في الكفاية قال صاحب العناية وهذا قول عامة المشايخ لانها انما تجب لدفع ضرر الدخيل عن الاصيل بسوء المعاملة والمعاشرة والضرر انما يتحقق باتصال ملك البائع بملك الشفيع ولهذا قلنا بثبوتها للشريك في حقوق المبيع وللجار لتحقق ذلك اهـ (أقول) في قولهم والضرر انما يتحقق باتصال ملك البائع بملك الشفيع مناقشة لانهم ان أرادوا بذلك أن الضرر انما يتحقق بمجرد اتصال ملك البائع بملك الشفيع يلزمهم أن يتحقق الضرر للشفيع قبل أن يبيع البائع ملكه لتحقق اتصال ملكه بملك الشفيع قبل البيع فيلزمهم أن تجب الشفعة قبله أيضا لدفع ذلك الضرر وليس كذلك قطعا وان أرادوا به أن الضرر انما يتحقق بمدخلية اتصال ملك البائع بملك الشفيع فهذا لا ينافي مدخلية البيع أيضا فلا يلزم أن يكون سببها هو الاتصال كما ادعوا فليتأمل ثم قال صاحب العناية ورد بانه لو كان الاتصال هو السبب لجاز تسليمها قبل البيع لوجوده بعد السبب ألا ترى أن الابراء عن سائر الحقوق بعد وجود سبب الوجوب صحيح وأجيب بان البيع شرط ولا وجود للمشروط قبله ورد بانه لا اعتبار لوجود الشرط بعد تحقق السبب في حق صحة التسليم كاداء الزكاة قبل الحول واسقاط الدين

لان سببها هو الاتصال على ما بيناه) وهو قوله لان الاتصال على هذه الصفة انما انتصب سببا فيه لدفع ضرر الجوار فعند عامة المشايخ سبب وجوب الشفعة اتصال ملك الشفيع بالمبيع وكان الخصاف رحمه الله يقول الشفعة تجب بالبيع ثم تجب بالطلب فهو اشارة الى ان كلاهما سبب على التعاقب وانه غير صحيح لان الشفعة اذا وجبت بالبيع لا يتصور وجوبها ثانيا بالطلب وذكر شيخ الاسلام رحمه الله ان الشركة مع البيع علة لوجوب الشفعة لان حق الشفعة لا يثبت الا بهما ولا يجوز ان يقال بان الشراء شرط والشركة علة وسبب فان الشفيع لو سلم الشفعة قبل البيع لا يصح ولو سلم بعد البيع يصح ولو كان سبب وجوب الشفعة الشركة

(قوله لانها انما تجب لدفع ضرر الدخيل الى قوله والضرر انما يتحقق الخ) أقول فيه تأمل (قوله ولا كلام فيه وانما هو في شرط الجواز) أقول قوله

والوجه فيه أن الشفعة انما تجب اذا رغب البائع عن ملك الدار والبيع يعرفها ولهذا يكتفى بثبوت البيع فى حقه حتى يأخذها الشفيع اذا أقر البائع بالبيع وان كان المشترى يكذبه قال (وتستقر بالاشهاد ولابد من طلب المواثبة) لانه حق ضعيف يبطل بالاعراض فلابد من الاشهاد والطلب ليعلم بذلك رغبته فيه دون اعراضه عنه

المؤجل قبل حلول الاجل والجواب أن ذلك شرط الوجوب ولا كلام فيه وانما هو فى شرط الجواز وامتناع المشروط قبل تحقق الشرط غير خاف على أحد اه كلامه (أقول) لقائل أن يقول امتناع تحقق المشروط قبل تحقق الشرط ضرورى سواء كان المشروط هو الجواز أو الوجوب فاذا كان عدم تحقق شرط الجواز مانعا عن اتصال السبب بالمحل كما قالوا لزم أن يكون عدم تحقق شرط الوجوب أيضا مانعا عن ذلك فلزم أن لا يكون الواجب متأديا باداء الزكاة قبل الحول لعدم تحقق شرط الوجوب قبله وكذا الحال فى اسقاط الدين المؤجل قبل حلول الاجل مع أن المصرح به فى موضعه خلاف ذلك * ثم أقول يمكن أن يجاب بان المراد بالوجوب فى قوله ان ذلك شرط الوجوب هو وجوب الاداء دون نفس الوجوب فان نفس وجوب الزكاة يتحقق بملك النصاب النامى وحولان الحول انما هو شرط وجوب أدائها كما صرحوا به فى كتاب الزكاة وكذا حلول الاجل فى الديون المؤجلة انما هو شرط وجوب أدائها لا شرط نفس وجوبها واللازم أن لا يتحقق وجوب الاداء قبل الحول وقبل حلول الاجل ولا يلزم منه أن لا يكون الواجب بنفس الوجوب متأديا باداء الزكاة قبل حلول الحول وباداء الدين قبل حلول الاجل والمصرح به فى موضعه انما هو تأدى الواجب بنفس الوجوب لا غير (قوله والوجه فيه أن الشفعة انما تجب اذا رغب البائع عن ملك الدار والبيع يعرفها) أى يعرف رغبة البائع عن ملك الدار وفسر صاحب العناية ضمير فيه فى قوله والوجه فيه بهذا التأويل حيث قال والوجه فيه أى فى هذا التأويل وتبعه العينى (أقول) لا يذهب على ذى فطرة سليمة أنه لا مدخل للتأويل الذى ذكره المصنف بقوله ومعناه بعده لا أنه هو السبب فى جريان هذا الوجه اذ هو جار بعينه على تقدير أن يكون معنى كلام القدورى أن البيع هو السبب كما لا يخفى على الفطن فلا حاجة الى بناء هذا الوجه على ذلك التأويل بارجاع ضمير فيه اليه بل لا وجه له عند التحقيق لان المصنف علل تأويله المذكور بقوله لان سببها الاتصال على ما بيناه فما معنى أن يكون قوله والوجه فيه تعليلا له بعد ذلك فالحق أن قوله والوجه فيه الخ متصل باول الكلام وهو قوله والشفعة تجب بعقد البيع ومن عادة المصنف أنه اذا كان فى عبارة المسئلة عقدة يحلها ثم يذكر دليل المسئلة وههنا أيضا فعل ذلك (قوله ولهذا يكتفى بثبوت البيع فى حقه حتى يأخذها الشفيع اذا أقر البائع بالبيع وان كان المشترى يكذبه) أقول فيه تامل اذ قد تقرر فيما مر أن علة ثبوت حق الشفعة عندنا انما هى دفع ضرر الدخيل عن الاصيل بسوء المعاملة والمعاشرة والظاهر أن ذلك الضرر انما يتحقق عند ثبوت البيع فى حق المشترى لانه هو الدخيل لا عند ثبوته فى حق البائع مع تكذيب المشترى لان البائع أصيل كالشفيع فمن أين يتحقق ضرر الدخيل عند عدم ثبوت البيع فى حق المشترى حتى يثبت حق الشفعة لدفع ذلك الضرر فتفكر قال فى العناية ونوقض بما اذا باع بشرط الخيار له أو وهب وسلم فان الرغبة عنه قد عرفت وليس للشفيع الشفعة وأجيب بان فى ذلك ترددا لبقاء الخيار للبائع بخلاف الاقرار فانه يخبر به عن انقطاع ملكه عنه بالكلية فعومل به كما زعمه والهبة لا تدل على ذلك لان غرض الواهب المكافأة ولهذا كان له الرجوع فلا ينقطع عنه حقه بالكلية اه (أقول) فى الجواب عن النقض بصورة الهبة بحث لانه ان كان مدار ذلك

وحدها يصح التسليم قبل البيع لانه حصل بعد وجود سبب الوجوب ألا ترى ان الابراء عن سائر الحقوق بعد وجود سبب الوجوب جائز فعلم بهذا ان الشركة وحدها ليست بعلة والحاصل ان استحقاق الشفعة بالشركة عند البيع أو بالشركة والبيع وتأكدها بالطلب وثبوت الملك فى البقعة بالشفعة بالقضاء أو الرضا (قوله ويظهر فائدة هذا) أى فائدة توقف الملك فى الدار المشفوعة بعد الطلبين على تسليم المشترى الدار الى الشفيع

(قوله والوجه فيه) أى فى هذا التاويل (أن الشفعة انما تجب اذا رغب البائع عن ملك الدار) ورغبته عنه امر خفى لا يطلع عليه وله دليل ظاهر وهو البيع فيقام مقامه والحاصل أن الاتصال بالملك سبب والرغبة عن الملك شرط والبيع دليل على ذلك قائم مقامه بدليل أن البيع اذا ثبت فى حق الشفيع باقرار البائع به صح له أن يأخذه وان كذبه المشترى ونوقض بما اذا باع بشرط الخيار له أو وهب وسلم فان الرغبة عنه قد عرفت وليس للشفيع الشفعة وأجيب بان فى ذلك ترددا لبقاء الخيار للبائع بخلاف الخيار فانه يخبر به عن انقطاع ملكه عنه بالكلية فعومل به كما زعمه والهبة لا تدل على ذلك اذ غرض الواهب المكافأة ولهذا كان له الرجوع فلا ينقطع عنه حقه بالكلية قال (وتستقر بالاشهاد) للشفعة أحوال استحقاق وهو بالاتصال بالملك بشرط البيع كما تقدم واستقرار وهو بالاشهاد وهو يعتمد الطلب ولابد من طلب المواثبة أى من طلب الشفعة على المسارعة قضى فى الطلب الى المواثبة لتلبسه بها لانه أى الشفعة ذكر الضمير نظرا الى حق يبطل بالاعراض قال عليه الصلاة والسلام الشفعة كحل العقال ان قيدها ثبت وهو كناية عن سرعة السقوط وكل ما هو كذلك لابد من دليل

يدل على انه أعرض عنه أو دام عليه والاشهاد والطلب يدلان على الدوام فلابد منهما

هو راجع الى كلام (قوله اذ غرض الواهب المكافأة) أقول فيه شئ فانه لا يتمشى ذلك فى الهبة للقريب المحرم وفى أخذ الواهب العوض

ولانه يحتاج الى اثبات طلبه عند القاضى ولا يمكنه الا بالاشهاد قال (وتملك بالاخذ اذا سلمها المشترى أو حكم بها الحاكم) لان الملك للمشترى قد تم فلا ينتقل الى الشفيع الا بالتراضى أو قضاء القاضى كما فى الرجوع والهبة وتظهر فائدة هذا فيما اذا مات الشفيع بعد الطلبين و باع داره المستحق بها الشفعة أو بيعت دار بجنب الدار المشفوعة قبل حكم الحاكم أو تسليم المخاصم لا تورث عنه فى الصورة الاولى وتبطل شفعته فى الثانية ولا يستحقها فى الثالثة لانعدام الملك له ثم قوله تجب بعقد البيع بيان أنه لا يجب الا عند معاوضة المال بالمال على ما نبينه ان شاء الله تعالى والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

على مجرد كون غرض الواهب المكافأة لا يستقيم أصلا فان كون غرضه المكافأة لا ينافى رغبته عن ملكه ألا يرى أن غرض البائع أيضا المكافأة بالثمن مع أنه لا ينافى رغبته عن المبيع بل يدل عليها كما ذكروا وان كان مداره على صحة الرجوع للواهب وعدم انقطاع حقه عن الموهوب بالكلية لا يدفع النقض بالهبة التى لا يصح الرجوع فيها كما اذا وهب اقريبه المحرم أو لزوجته وأخذ العوض عنها بغير شرط فى العقد اذ غير ذلك مما يتحقق فيه المانع عن الرجوع فان فى هذه الصور لا يصح رجوع الواهب و ينقطع حقه عن الموهوب بالكلية كانقطاع حق البائع عن المبيع مع أنه لا شفعة فيها فبقى النقض بها (قوله ولانه يحتاج الى اثبات طلبه عند القاضى ولا يمكنه الا بالاشهاد) أقول فيه شئ وهو ان احتياجه الى اثبات طلبه عند القاضى انما هو اذا أنكر المشترى طلبه وأما اذا لم ينكره فلا احتياج الى ذلك فعلى مقتضى هذا التعليل ينبغى ان لا تبطل الشفعة بترك الاشهاد فيما اذا لم ينكر الخصم طلبه مع أن الظاهر من كلماتهم بطلانها بترك ذلك مطلقا فان قلت وقت الاشهاد مقدم على وقت الخصومة ففى وقت الاشهاد انكار الخصم طلبه وعدم انكاره اياه غير معلوم فاذا ترك الاشهاد فى ذلك الوقت لم يعلم رغبته فيه بل يحتمل اعراضه عنه فلهذا تبطل الشفعة بترك الاشهاد مطلقا قلت هذا مشير الى التعليل الاول ولا كلام فيه وانما الكلام فى أن التعليل الثانى هل يصلح أن يكون دليلا مستقلا ههنا كما يقتضيه قول المصنف ولانه يحتاج اليه الى آخره (قوله وتملك بالاخذ اذا سلمها المشترى أو حكم بها الحاكم) أقول فى عبارة الكتاب ههنا قصور من وجهين أحدهما أن قوله أو حكم بها الحاكم عطف على سلمها المشترى وقد وقع المعطوف عليه فى حيز الاخذ فكان الاخذ معتبرا فى التسليم فلزم أن يكون معتبرا فى حكم الحاكم أيضا على مقتضى العطف اذ قد تقرر فى علم الادب أن المعطوف فى حكم المعطوف عليه فى كل أمر يجب للمعطوف عليه بالنظر الى ما قبله مع أن الملك يثبت للشفيع بحكم الحاكم قبل أخذه الدار على ما نصوا عليه حيث قال فى الكافى بعد قوله أو حكم بها الحاكم فانه يثبت الملك بحكمه وان لم يأخذ الدار وقال فى شرح الكنز للزيلعى أى تملك الدار المشفوعة بأحد أمرين اما بالاخذ اذا سلمها المشترى برضاه أو بحكم الحاكم من غير أخذ وقال صدر الشريعة فى شرح قول صاحب الوقاية وتملك بالاخذ بالتراضى أو بقضاء القاضى قوله بقضاء القاضى عطف على الاخذ لا على التراضى لان القاضى اذا حكم يثبت الملك للشفيع قبل أخذه انتهى وكان صاحب العناية غافل عن ذلك حيث قال وهو أى التملك انما يكون بالاخذ اما بتسليم المشترى أو بقضاء القاضى فانه صريح فى اعتبار الاخذ فى قضاء القاضى أيضا وثانيهما أن تسليم الدار المشفوعة ليس بوظيفة المشترى دائما فان المصنف صرح فيما مر آنفا بانه يكتفى بثبوت البيع فى حق البائع حتى يأخذها الشفيع اذا أقر البائع بالبيع وان كان المشترى يكذبه ففى هذه الصورة انما يسلمها البائع دون المشترى فكان

أو حكم الحاكم (قوله لا تورث عنه فى الصورة الاولى) وهى ما اذا مات الشفيع بعد الطلبين لانه لم يملكها المورث فكيف تورث عنه (قوله وتبطل شفعته فى الثانية) وهى ما اذا باع داره المستحق بها الشفعة لان سبب الاخذ بالشفعة اتصال ملك الشفيع بالدار المشفوعة وقد زال ملكه عما يستحق به الشفعة قبل ان يأخذها فلم يبق السبب قبل ان يثبت الحكم فلا يثبت الحكم (قوله ولا يستحقها فى الثالثة) وهى ما اذا بيعت دار بجنب الدار المشفوعة لانه لم يملك المشفوعة فكيف يملك بها غيرها والله أعلم

ولانه يحتاج الى اثبات طلبه عند القاضى ولا يمكنه الا بالاشهاد وتملك وهو انما يكون بالاخذ اما بتسليم المشترى أو بقضاء القاضى ودليله المذكور ظاهر وقوله (وتظهر فائدة هذا) أى توقف الملك فى الدار المشفوعة بعد الطلبين الى وقت أخذ الدار باحد الامرين المذكورين وقوله يعنى (فى الصورة الاولى) اذا مات الشفيع لانه لم يملكها فلا تورث عنه وقوله (فى الثانية) يعنى اذا باع داره لزوال السبب وهو الاتصال قبل ثبوت الحكم وقوله (فى الثالثة) يعنى اذا بيعت دار بجنب الدار المشفوعة لانه لم يملك المشفوعة فكيف يملك بها غيرها وقوله (ثم قوله تجب بعقد البيع) يعنى قول القدورى رحمه الله والله أعلم

(باب طلب الشفعة والخصومة فيها)

(قال واذا علم الشفيع بالبيع أشهد فى مجلسه ذلك على المطالبة) اعلم أن الطلب على ثلاثة أوجه طلب المواثبة وهو أن يطلبها كما علم حتى لو بلغ الشفيع البيع ولم يطلب شفعة بطلت الشفعة لما ذكرنا ولقوله عليه الصلاة والسلام الشفعة لمن واثبها ولو أخبر بكتاب والشفعة فى أوله أو فى وسطه فقرأ الكتاب الى آخره بطلت شفعته وعلى هذا عامة المشايخ وهو رواية عن محمد وعنه أن له مجلس العلم والروايتان فى النوادر و بالثانية أخذ

الاحق بالمقام أن يقال اذا سلمها الخصم بدل قوله اذا سلمها المشترى ليشمل تسليم المشترى وتسليم البائع كما قال المصنف فيما بعد قبل حكم الحاكم أو تسليم المخاصم تبصر

(باب طلب الشفعة والخصومة فيها)

لما لم تثبت الشفعة بدون الطلب شرع فى بيانه وكيفيته وتقسيمه كذا فى عامة الشروح (أقول) هذا بيان من الشراح لوجه ذكر الشطر الاول من شطرى عنوان الباب وهو طلب الشفعة ولم يتعرض أحد منهم لوجه ذكر الشطر الثانى منهما وهو قوله والخصومة فيها ولعل وجهه أنه لما كان للخصومة فى الشفعة شأن مخصوص وتفصيل زائد على سائر الخصومات كما ستظهر شرع فى بيانها أيضا أصالة (قوله اعلم ان الطلب على ثلاثة أوجه طلب المواثبة وهو أن يطلبها كما علم حتى لو بلغه البيع ولم يطلب بطلت شفعته لما ذكرنا) قال الشراح قوله لما ذكرنا اشارة الى قوله قبل الباب لانه حق ضعيف يبطل بالاعراض فلابد من الاشهاد والطلب ليعلم بذلك رغبته فيه دون اعراضه عنه (أقول) فلقائل أن يقول ما ذكره هنالك كما يدل على لزوم طلب المواثبة يدل أيضا على لزوم الاشهاد فيه حيث قال فلابد من الاشهاد والطلب وسيأتى التصريح منه بان الاشهاد فيه ليس بلازم انما هو لنفى التجاحد والجواب أن المراد بالاشهاد المذكور هنالك هو الذى فى طلب التقرير دون طلب المواثبة يرشد اليه تقديم الاشهاد على الطلب فى قوله فلابد من الاشهاد والطلب اذ لو كان المراد بالاشهاد هنالك هو الاشهاد على طلب المواثبة لكان ذكر الطلب بعده لغوا اذ لا يتصور الاشهاد على طلب المواثبة بدون تحقق نفس ذلك الطلب ويدل عليه قوله قبيل ذلك وتستقر بالاشهاد اذ الشفعة لا تستقر الا بعد طلب التقرير والاشهاد على مقتضى ما سيأتى فى الكتاب فلا تنافى بين كلامى المصنف (قوله ولقوله عليه الصلاة والسلام الشفعة لمن واثبها) أقول فى وجه الاستدلال بهذا الحديث نوع اشكال لانه ان كان مداره على نفى الشفعة عمن لم يواثبها بطريق مفهوم المخالفة فنحن لا نقول بمفهوم المخالفة وكيف يكون حجة لنا وان كان مداره على أن لام الجنس فى الشفعة ولام الاختصاص فى لمن واثبها تدلان على اختصاص الشفعة بمن واثبها كما قالوا فى الحمد لله ان لامى الجنس والاختصاص دلتا على اختصاص الحمد بالله تعالى فيرد علينا النقض

(باب طلب الشفعة والخصومة فيها)

(قوله اعلم ان الطلب على ثلاثة أوجه طلب المواثبة) سميت به تبركا بلفظ الحديث الشفعة لمن واثبها أى لمن طلبها على وجه السرعة والمبادرة مفاعلة من الوثوب على الاستعارة لان من يثب هو الذى يسرع فى طى الارض بمشيه (قوله وهو ان يطلبها كما علم) أى على فور علمه بالبيع من غير توقف سواء كان عنده انسان أو لم يكن وذكر فى المبسوط واذا علم بالبيع وهو بحضرة من المشترى فالجواب واضح ان يطلبها وكذلك ان كان بحضرة من الشهود ينبغى له ان يشهدهم على طلبه وكذلك لو لم يكن بحضرته أحد حين سمع ينبغى ان يطلب الشفعة والطلب صحيح من غير اشهاد والاشهاد لمخافة الجحود فينبغى له ان يطلب حتى اذا حلفه المشترى أمكنه ان يحلف انه طلبها كما سمع وذكر فى شرح الاقطع وانما يفعل ذلك أى يطلب وان لم يكن عنده أحد لئلا تسقط فيما بينه وبين الله تعالى (قوله حتى لو بلغه البيع ولم يطلب بطلت الشفعة لما بينا) وهو قوله لانه حق ضعيف يبطل بالاعراض فلابد من الاشهاد وقال ابن أبى ليلى ان طلب الى ثلاثة أيام فله الشفعة وقال سفيان له مهلة يوم حين سمع وقال شريك هو على شفعته ما لم يبطلها صريحا أو دلالة بمنزلة سائر الحقوق

(باب طلب الشفعة والخصومة فيها) لما لم تثبت الشفعة بدون الطلب شرع فى بيانه وكيفيته وتقسيمه قال (واذا علم الشفيع بالبيع) وكلامه ظاهر لا يحتاج الى بيان سوى ألفاظ ننبه عليها (طلب المواثبة) سمى بها تبركا بلفظ الحديث الشفعة لمن واثبها أى طلبها على وجه السرعة والمبادرة (قوله وهو أن يطلبها كما علم) أى من غير توقف سواء كان عنده انسان أو لم يكن وقوله (لما ذكرنا) اشارة الى قوله قبل الباب لانه حق

(باب طلب الشفعة)

الكرخي لانه لما ثبت له خيار التملك لابد له من زمان التأمل كما في المخيرة ولو قال بعد ما بلغه البيع الحمد لله أو لا حول ولا قوة الا بالله أو قال سبحان الله لا تبطل شفعته لان الاول حمد على الخلاص من جواره والثاني تعجب منه لقصد اضراره والثالث لافتتاح كلامه فلا يدل شئ منه على الاعراض وكذا اذا قال من ابتاعها وبكم بيعت لانه يرغب فيها بثمن دون ثمن ويرغب عن مجاورة بعض دون بعض والمراد بقوله في الكتاب أشهد في مجلسه ذلك على المطالبة طلب المواثبة والاشهاد فيه ليس بلازم انما هو لنفي التجاحد والتقييد بالمجلس اشارة الى ما اختاره الكرخي ويصح الطلب بكل لفظ يفهم منه طلب الشفعة كما لو قال طلبت الشفعة أو أطلبها أو أنا طالبها لان الاعتبار للمعنى واذا بلغ الشفيع بيع الدار لم يجب عليه الاشهاد حتى يخبره رجلان أو رجل وامرأتان أو واحد عدل عند أبي حنيفة

بقوله صلى الله عليه وسلم الشفعة لشريك لم يقاسم كما ذكر في صدر هذا الكتاب اذ يلزم حينئذ أن يدل ذلك أيضا على نفي الشفعة عن ليس بشريك لم يقاسم مع أن الشفعة ثابتة عندنا لغير الشريك أيضا كالجار الملاصق فتامل (قوله والمراد بقوله في الكتاب أشهد في مجلسه ذلك على المطالبة طلب المواثبة والاشهاد فيه ليس بلازم انما هو لنفي التجاحد) قال صاحب النهاية وذلك لان طلب المواثبة ليس لاثبات الحق وانما شرط هذا الطلب ليعلم أنه غير معرض عن الشفعة وغير راض بجوار هذا الدخيل والاشهاد ليس بشرط فيه اه واقتفى أثره صاحب العناية وعده تحقيقا حيث قال وتحقيقه أن طلب المواثبة ليس لاثبات الحق وانما شرط ليعلم أنه غير معرض عن الشفعة والاشهاد في ذلك ليس بشرط اه (أقول) لقائل أن يقول طلب التقرير والاشهاد أيضا ليس لاثبات الحق بل ليعلم أنه غير معرض عن الشفعة وانما الذي لاثبات الحق طلب الخصومة مع أن الاشهاد في طلب التقرير لازم على ما يقتضيه كلام المصنف في بيان طلب التقرير والاشهاد فيما بعد فكان ذلك الوجه الذي عده صاحب العناية تحقيقا منقوضا بلزوم الاشهاد في طلب التقرير كما ترى فان قلت لزوم الاشهاد في طلب التقرير لانه يحتاج الى اثبات طلبه عند القاضي ولا يمكنه الا بالاشهاد كما ذكره المصنف فيما قبل الباب وسيأتي ذكره مرة أخرى في بيان طلب التقرير والاشهاد في هذا الباب قلت ذلك انما يكون وجها للزوم الاشهاد في طلب التقرير وهو لا يدفع انتقاض الوجه الذي ذكره الشارحان المزبوران لعدم لزوم الاشهاد في طلب المواثبة بلزومه في طلب التقرير كما بيناه وكلامنا في هذا الوجه على أن في ذلك الوجه أيضا كلاما لانه ان أريد أنه يحتاج الى اثبات طلبه عند القاضي كائن اعترف به الخصم فهو ممنوع وان أريد أنه يحتاج الى اثباته عند التجاحد فكذا الحال في طلب المواثبة أيضا * ثم أقول يمكن أن يمنع لزوم الاشهاد في طلب التقرير أيضا بناء على ما ذكره الامام قاضيخان في فتاواه حيث قال وانما سمي الثاني طلب الاشهاد لا لان الاشهاد شرط بل ليمكنه اثبات الطلب عند جحود الخصم اه فانه يدل على أن الاشهاد في طلب التقرير أيضا ليس بلازم بل انما هو لنفي التجاحد كما في طلب المواثبة وبناء على ما ذكره صاحب البدائع حيث قال وأما الاشهاد على هذا الطلب فليس بشرط وانما هو لتوثقه على تقدير الانكار كما في الطلب الاول اه فحينئذ كان الوجه الذي ذكره الشارحان المزبوران سالما من الانتقاض كما لا يخفى

المستحقة (قوله لابد له من زمان التأمل كما في المخيرة) فان لها الخيار ما دامت في مجلسها والجامع حاجة الرأي والتأمل ولان الشرع أوجب له حق التملك ببدل ولو أوجب البائع له ذلك بايجاب البيع كان له خيار القبول ما دام في مجلسه فهذا مثله (قوله ولو قال بعد ما بلغه البيع الحمد لله) الى قوله لا تبطل شفعته هذا على رواية ان له مجلس العلم (قوله لان الاعتبار للمعنى) ظاهر قوله طلبت الشفعة اخبار عن الطلب في الزمان الماضي وانه كذب والكذب لا عبرة به فكأنه لم يطلب وكذا اذا قال اطلبها لانه عدة الا انه في العرف يراد بهذه الالفاظ الطلب للحال لا الخبر عن أمر ماض أو مستقبل حتى ان الشيخ الامام أبا بكر محمد بن الفضل رحمه الله الرستاقي قال اذا سمع بيع أرض بجنب أرضه فقال شفعة شفعة كان ذلك منه طلبا

ضعيف وقوله (والاشهاد فيه ليس بلازم انما هو لنفي التجاحد) يعني ربما يجحد الخصم فيحتاج الى الشهود وتحقيقه أن طلب المواثبة ليس لاثبات الحق وانما شرط ليعلم أنه غير معرض عن الشفعة والاشهاد في ذلك ليس بشرط وقوله (بكل لفظ يفهم منه طلب الشفعة) قال محمد بن الفضل البخاري لو قيل لقروي بيع أرض بجنب أرضك فقيل شفعة شفعة كان ذلك طلبا منه صحيحا

قال المصنف (لانه لما ثبت له خيار التملك لابد له من زمان التأمل كما في المخيرة) أقول تحقيقه أن الشرع أوجب له حق التملك ببدل ولو أوجب البائع له ذلك بايجاب البيع كان له خيار القبول ما دام في مجلسه فهذا مثله كذا في شرح الكاكي والفارق ظاهر فان الشفيع لا يتملكه بطلب المواثبة فقط بل بالاخذ بالتراضي أو بقضاء القاضي فله بعد طلب المواثبة زمان التامل بخلاف المشتري عند ايجاب البائع والمخيرة قال المصنف (لان الاعتبار للمعنى) أقول والمعنى

وقالا

ومن الناس من قال اذا قال الشفيع طلبت الشفعة وأخذتها بطلت شفعته لان كلامه وقع كذبا فى الابتداء فكان كالسكوت والصحيح أنه لا يبطل لانه انشاء عرفا ومنهم من قال لو قال أطلب وآخذ بطل لانه عدة محض والمختار ماذكره المصنف وقوله (وأصل الاختلاف فى عزل الوكيل وقد ذكرناه الخ) اشارة الى ماذكره فى آخر فصل القضاء بالمواريث وهو من فصول كتاب أدب القاضى وأراد باخواته المولى اذا أخبر بجناية عبده والشفيع والبكر والمسلم الذى لم يهاجر الينا وقوله (بخلاف المخيرة اذا أخبرت عنده) أى عند أبى حنيفة يعنى أن المرأة اذا أخبرت بأن زوجها خيرها فى نفسها ثبت لها الخيار عدلا كان المخبر أوغيره فان اختارت نفسها فى مجلسها وقع الطلاق والافلا

وقالا يجب عليه أن يشهد اذا أخبره واحد حرا كان أو عبدا صبيا كان أو امرأة اذا كان الخبر حقا وأصل الاختلاف فى عزل الوكيل وقد ذكرناه بدلائله واخواته فيما تقدم وهذا بخلاف المخيرة اذا أخبرت عنده لانه ليس فيه الزام حكم و بخلاف ما اذا أخبره المشترى لانه خصم فيه والعدالة غير معتبرة فى الخصوم والثانى طلب التقرير والاشهاد لانه محتاج اليه لاثباته عند القاضى على ماذكرنا ولا يمكنه الاشهاد ظاهرا على طلب المواثبة لانه على فور العلم بالشراء فيحتاج بعد ذلك الى طلب الاشهاد والتقرير وبيانه ما قال فى الكتاب (ثم ينهض منه) يعنى من المجلس (ويشهد على البائع ان كان المبيع فى يده) معناه لم يسلم الى المشترى (أو على المبتاع أو عند العقار فاذا فعل ذلك استقرت شفعته) وهذا لان كل واحد منهما خصم فيه لان للاول اليد وللثانى الملك

(قوله وقالا يجب عليه أن يشهد اذا أخبره واحد حرا كان أو عبدا صبيا أو امرأة اذا كان الخبر حقا) أقول فى التقييد بقوله اذا كان الخبر حقا ضرب اشكال لان الكلام فيما اذا بلغ الشفيع بيع الدار بالاخبار وفى ذلك انما يحصل له العلم بكون الخبر حقا بسبب الوثوق باخبار مخبره والظاهر أن مدار الوثوق باخبار مخبره فيما اذا كان طريق العلم منحصرا فى الاخبار هو حال المخبر كعدالته وتعدده مما يورث الوثوق باخباره ولهذا اعتبره أبو حنيفة رحمه الله واذا لم يكن شئ من العدد والعدالة شرطا عندهما فيما نحن فيه وفى نظائره كما صرحوا به بل كان خبر الواحد مطلقا كافيا فما معنى تعليق وجوب الاشهاد على الشفيع اذا أخبره واحد مطلقا بكون الخبر حقا ولا طريق للعلم بكونه حقا فى صورة هذه المسئلة سوى اخبار الواحد فان أفاد مثل ذلك الاخبار العلم تعين كونه حقا وان لم يفده فلا مجال للعلم بكونه حقا وعلى كل حال لا يرى للتعليق بكونه حقا وجه ظاهر فتفكر ثم اعلم أنه مما يجب التنبه له أن المراد بالاشهاد ههنا نفس طلب المواثبة لا الاشهاد على ذلك الطلب والا يلزم أن

(قوله وأصل الاختلاف فى عزل الوكيل وقد ذكرناه بدلائله وأخواته فيما تقدم) أراد به ماذكره فى أواخر فصل القضاء بالمواريث وهو من فصول كتاب أدب القاضى وأراد باخواته المولى اذا أخبر بجناية عبده والشفيع والبكر والمسلم الذى لم يهاجر (قوله والثانى طلب التقرير والاشهاد لانه محتاج اليه لاثباته عند القاضى) ولا يمكن الاشهاد ظاهرا على طلب المواثبة لانه على فور العلم بالشراء فيحتاج بعده الى طلب الاشهاد والتقرير حتى لو سمع الشراء بحضرة البائع أو المشترى أو الدار وطلب طلب المواثبة وأشهد على ذلك فذلك يكفيه ويقوم ذلك مقام الطلبين كذا فى الفتاوى الظهيرية وان قصد الابعد من هذه الاشياء الثلاثة وترك الاقرب فان كانوا جملة فى مصر واحد فالقياس ان تبطل شفعته وفى الاستحسان لا تبطل لان نواحى المصر جعلت كناحية واحدة حكما ولو كانوا فى مكان واحد حقيقة وطلب عند أحدهم وترك الطلب عند الآخرين أليس أنه يصح طلبه كذا ههنا أما لو كان الشفيع بحضرة أحد هؤلاء الثلاثة والآخران فى مصر آخر أو فى رستاق هذا المصر الذى الشفيع فيه فقصد الابعد وترك الطلب عند من هو بحضرته بطلت شفعته قياسا واستحسانا لان مصرا آخر أو رستاق هذا المصر مع هذا المصر لم يجعل كمكان واحد فاذا ترك الطلب عند الاقرب فقد ترك الطلب مع الامكان فيبطل (قوله ثم ينهض منه) أى يقوم ويشهد

لما ذكر أنه ليس فيه الزام حكم حتى يشترط فيه أحد شطرى الشهادة وقوله (أو على المبتاع) يعنى المشترى (أو عند العقار) قال شيخ الاسلام الشفيع انما يحتاج الى طلب الاشهاد بعد طلب المواثبة اذا لم يمكنه الاشهاد عند طلب المواثبة بان سمع الشراء حال غيبته عن المشترى والبائع والدار أما اذا سمع الشراء بحضرة أحد هؤلاء نطلب المواثبة وأشهد على ذلك فذلك يكفيه ويقوم مقام الطلبين فان ترك الاقرب من هذه الثلاثة وقصد الابعد وكانوا فى مصر واحد بطلت الشفعة قياسا ولم تبطل استحسانا لان نواحى المصر جعلت كناحية واحدة ولو كان أحدهم فى مصر والآخران فى مصر آخر أو فى رستاق هذا المصر فترك الاقرب الى الابعد بطلت قياسا واستحسانا ثم مدة هذا الطلب مقدرة بالتمكن من الاشهاد عند حضرة أحد هؤلاء حتى لو تمكن ولم يطلب بطلت شفعته

المراد من الاول انشاء الطلب لا الخبر منه ليكون كذبا وكذا الثانى وليس بعده على مازعم واقال المصنف (ويشهد على البائع الخ) أقول قال الاتقانى وينبغى أن يذهب الى أقربهم حتى لو ترك الاقرب وذهب الى الابعد وأشهده على الطلب يبطل حقه قالوا هذا اذا كانوا على طريق واحد فاما اذا كانت الطرق مختلفة فى الذهاب اليهم لا يبطل حقه بالذهاب الى الابعد لانه ربما يكون به عذر فى طريق لا يكون ذلك فى طريق آخر كذا فى شرح الكافى اه ثم نقل عن الفتاوى الصغرى أن الشفيع اذا ترك الاقرب وطلب عند الابعد فان كان الشفيع أو الابعد خارج المصر تبطل الشفعة وان كان كلاهما فى المصر لا تبطل استحسانا اه

وكذا يصح الاشهاد عند المبيع لان الحق متعلق به فان سلم البائع المبيع لم يصح الاشهاد عليه لخروجه من أن يكون خصما اذ لا يد له ولا ملك فصار كالاجنبى وصورة هذا الطلب أن يقول ان فلانا اشترى هذه الدار وأنا شفيعها وقد كنت طلبت الشفعة وأطلبها الآن فاشهدوا على ذلك وعن أبى يوسف أنه يشترط تسمية المبيع وتحديده لان المطالبة لا تصح الا فى معلوم والثالث طلب الخصومة والتملك وسنذكر كيفيته من بعد ان شاء الله تعالى قال (ولا تسقط الشفعة بتاخير هذا الطلب عند أبى حنيفة وهو رواية عن أبى يوسف وقال محمد ان تركها شهرا بعد الاشهاد بطلت) وهو قول زفر معناه اذا تركها من غير عذر وعن أبى يوسف انه اذا ترك المخاصمة فى مجلس من مجالس القاضى تبطل شفعته لانه اذا مضى مجلس من مجالسه ولم يخاصم فيه اختيارا دل ذلك على اعراضه وتسليمه وجه قول محمد انه لو لم يسقط بتاخير الخصومة منه أبدا يتضرر به المشترى لانه لا يمكنه التصرف حذار نقضه من جهة الشفيع فقدرناه بشهر لانه آجل وما دونه عاجل على ما مر فى الايمان ووجه قول أبى حنيفة وهو ظاهر المذهب وعليه الفتوى أن الحق متى ثبت واستقر لا يسقط الا باسقاطه وهو التصريح بلسانه كما فى سائر الحقوق وما ذكر من الضرر يشكل بما اذا كان غائبا ولا فرق فى حق المشترى بين الحضر والسفر ولو علم انه لم يكن فى البلد قاض لا تبطل شفعته بالتاخير بالاتفاق لانه لا يتمكن من الخصومة الا عند القاضى فكان عذرا قال (واذا تقدم الشفيع الى القاضى فادعى الشراء وطلب الشفعة سأل القاضى المدعى عليه فان اعترف بملكه

يكون قوله ههنا يجب عليه أن يشهد مناقضا لقوله فيما مر والاشهاد فيه ليس بلازم وقد نبه عليه تاج الشريعة عند قول المصنف والاشهاد فيه ليس بلازم حيث قال هذا لا يناقض قوله يجب عليه أن يشهد لان المراد من الاول الاشهاد على الطلب ومن الثانى طلب المواثبة وأنه واجب على تقدير أن يطلب الشفعة اه وسيأتى نظير هذا فى الكتاب فى أول باب ما يبطل به الشفعة فانه لما قال هناك واذا ترك الشفيع الاشهاد حين علم بالبيع وهو يقدر على ذلك بطلت شفعته حمل عامة الشراح الاشهاد المذكور هناك على نفس طلب المواثبة لئلا يخالف ما ذكره المصنف من قبل وذكر فى الذخيرة وغيرها أيضا من أن الاشهاد فى طلب المواثبة ليس بلازم وانما هو لنفى التجاحد (قوله وصورة هذا الطلب أن يقول ان فلانا اشترى هذه الدار وأنا شفيعها وقد كنت طلبت الشفعة وأطلبها الآن فاشهدوا على ذلك) أقول فى هذا التصوير نوع تقصير لانه انما يتمشى فيما اذا كان

على البائع ان كان المبيع فى يده وأما اذا لم يكن المبيع فى يده ذكر أبو الحسن القدورى والناطفى أنه لا يصح الطلب عنده وذكر شيخ الاسلام أنه صحيح استحسانا وهكذا ذكر الشيخ الامام أحمد الطواويسى (قوله ووجه قول أبى حنيفة رحمه الله) وهو ظاهر المذهب وعليه الفتوى قال شيخ الاسلام رحمه الله تعالى عليه الفتوى على قول محمد رحمه الله ان طول المدة مقدر بشهر وهكذا ذكر أيضا فى الجامع الصغير لقاضى خان رحمه الله تعالى (قوله وما ذكر من الضرر يشكل بما اذا كان غائبا) فان قيل لا يشكل لان حالة الغيبة انما لا تبطل دفعا لضرر الشفيع ودفع ضرر الشفيع مقدم على ضرر المشترى وفيما اذا كان حاضرا لا يتحقق ضرر الشفيع لتمكنه من الاخذ فاذا لم تبطل شفعته حالة الغيبة رعاية لحقه وهو ضعيف وعسى أن لا يطلب الشفعة فههنا قد تقوى حقه وتقرر بالطلبين فلأن لا تبطل بالطريق الاولى (قوله واذا تقدم الشفيع الى القاضى) هذا كيفية طلب الخصومة التى كان وعدها قبل هذا فادعى الشراء وطلب الشفعة وصورة ذلك ان يقول الشفيع للقاضى ان فلانا اشترى دارا و بين مصرها ومحلتها وحدودها وأنا شفيعها بدار لى و بين حدودها فمره بتسليمها الى وانما يبين هذه الاشياء لان الدعوى انما تصح فى المعلوم واعلام العقار بهذه الاشياء فبعد ذلك يسأله القاضى ان المشترى هل قبض الدار أم لا لانه اذا لم يقبضها من البائع لا تصح الدعوى على المشترى ما لم يحضر البائع لان اليد للبائع فاذا ذكر القبض ينبغى ان يسأله باى سبب يدعى الشفعة وهذا لان أسباب الشفعة مما يختلف فيه العلماء بعضهم قالوا تثبت الشفعة للجار المقابل اذا كان أقرب

وقوله (ولا يسقط بتاخير هذا الطلب) يريد به الطلب الثالث وهو طلب الخصومة وانما قال معناه اذا تركها من غير عذر لانهم أجمعوا على أنه اذا تركه بمرض أو حبس أو غير ذلك ولم يمكنه التوكيل بهذا الطلب لا تبطل شفعته وان طالت المدة (قوله وما ذكر من الضرر) جواب عن قول محمد يعنى أن الشفيع اذا كان غائبا لم تبطل شفعته بتاخير هذا الطلب بالاتفاق ولا فرق فى حق المشترى بين الحضر والسفر فى لزوم الضرر فكما لا يبطل وهو غائب لا يبطل وهو حاضر نقل فى النهاية عن الذخيرة أن الشفيع اذا كان غائبا فعلم بالشراء فانه ينبغى أن يطلب طلب المواثبة ثم له من الاجل على قدر المسير الى المشترى أو البائع أو الدار المبيعة لطلب الاشهاد فاذا مضى ذلك الاجل وهو قدر المسير الى أحد هذه الاشياء قبل أن يطلب هذا الطلب أو أن يبعث من يطلب فلا شفعة له قال (واذا تقدم الشفيع الى القاضى الخ) هذا هو الموعود بقوله وسنذكر كيفيته من بعد وكلامه ظاهر

الذى

(قوله لاختلاف أسبابها) لانها على مراتب كما تقدم فلابد من بيان السبب ليعلم هل هو محجوب بغيره أولا وربما ظن ماليس بسبب كالجار المقابل سببا فانه سبب عند شريح اذا كان أقرب بابا فلابد من البيان وقوله (تم دعواه) قيل لم يتم بعد بل لابد أن يسأله فيقول هل قبض المشترى المبيع أولا لانه لو لم يقبض لم تصح الدعوى على المشترى مالم يحضر البائع ثم يسأله عن السبب ثم يقول له متى أخبرت بالشراء وكيف صنعت حين أخبرت به ليعلم أن المدة طالت أولا فان عند أبي يوسف ومحمد اذا طالت

المدة فالقاضي لا يلتفت الى دعواه وعليه الفتوى وهذا لا يلزم المصنف لانه ذكر أن الفتوى على قول أبي حنيفة في عدم البطلان بالتأخير وقيل سأله ثم بعد ذلك سأله عن طلب الاشهاد فاذا قال طلبت حين علمت وأخبرت من غير لبث سأله عن طلب الاستقرار فان قال طلبته من غير تأخير سأله عن المطلوب بحضرته هل كان أقرب اليه من غيره فان قال نعم صح دعواه ثم يقبل على المدعى عليه فان اعترف بملكه الذي يشفع به والا كلفه اقامة البينة لان اليد ظاهر تحتمل أن تكون يد ملك واجارة وعارية والمحتمل لا يكفي لاثبات الاستحقاق فان أقام فقد نور دعواه وان عجز استحلف المشترى بطلب الشفيع انه لا يعلم أن الشفيع مالك للذي ذكره مما شفع به لانه ادعى عليه أمرا لو أقر به لزمه فاذا أنكره لزمه اليمين على العلم لكونه استحلافا على ما في يد غيره فان نكل ثبت دعوى الشفيع فبعد ذلك يسال الحاكم المدعى عليه هل ابتاع أم لا فان أقر فذاك وان أنكر قيل للشفيع أقم البينة فان أقامها فذاك (وان عجز عنها استحلف المشترى على انه ما اشتراه أو ما يستحق عليه الشفعة من الوجه الذي ذكر فهذا على الحاصل والاول على السبب

الذي يشفع به والا كلفه باقامة البينة) لان اليد ظاهر محتمل فلا تكفي لاثبات الاستحقاق قال رحمه الله يسأل القاضي المدعى قبل أن يقبل على المدعى عليه عن موضع الدار وحدودها لانه ادعى حقا فيها فصار كما اذا ادعى رقبتها واذا بين ذلك يسأله عن سبب شفعته لاختلاف أسبابها فان قال أنا شفيعها بدار لي تلاصقها الآن تم دعواه على ما قاله الخصاف وذكر في الفتاوى تحديد هذه الدار التي يشفع بها أيضا وقد بيناه في الكتاب الموسوم بالتجنيس والمزيد قال (فان عجز عن البينة استحلف المشترى بالله ما يعلم انه مالك للذي ذكره مما يشفع به) معناه بطلب الشفيع لانه ادعى عليه معنى لو أقر به لزمه ثم هو استحلاف على ما في يد غيره فيحلف على العلم (فان نكل أو قامت للشفيع بينة ثبت ملكه في الدار التي يشفع بها وثبت الجوار فبعد ذلك سأله القاضي) يعني المدعى عليه (هل ابتاع أم لا فان أنكر الابتياع قيل للشفيع أقم البينة) لان الشفعة لا تجب الا بعد ثبوت البيع وثبوته بالحجة قال (فان عجز عنها استحلف المشترى بالله ما ابتاع أو بالله ما استحق عليه في هذه الدار شفعة من الوجه الذي ذكره) فهذا على الحاصل والاول على السبب وقد استوفينا الكلام فيه في الدعوى

الاشهاد عند الدار فان الاشارة بهذه الدار انما تتصور في هذه الصورة والمذكور فيما قبل مجموع الاقسام الثلاثة للاشهاد أعني الاشهاد على البائع أو على المشترى أو عند العقار اللهم الا أن يكون المراد مجرد التمثيل دون احاطة الاقسام لكنه لا يدفع التقصير حقيقة فالاولى الجامع للاقسام ما ذكره صاحب الذخيرة حيث قال وصورة هذا الطلب أن يحضر الشفيع عند الدار و يقول ان فلانا اشترى هذه الدار وأنا شفيعها بالجوار بدار حدودها كذا وقد كنت طلبت الشفعة وأنا اطلبها الآن أيضا فاشهدوا بذلك أو يحضر المشترى و يقول هذا مشتر من فلان دارا التي حدودها كذا وأنا شفيعها بالجوار الى آخر ماذكرنا أو يحضر البائع و يقول هذا باع من فلان بدار التي حدودها كذا الى آخر ماذكرنا اه (قوله واذا بين ذلك يسأله عن سبب شفعته لاختلاف أسبابها فان قال أنا شفيعها بدار لي تلاصقها تم دعواه) قال صاحب

بابا وعندنا الشفعة على مراتب فلابد من ان يبين سببها لينظر القاضي ان ما زعمه سببا هل هو سبب و بعد أن يكون سببا هل هو محجوب بغيره واذا بين المدعى انه ليس بمحجوب بغيره يسأله القاضي متى علمت بالشراء وكيف صنعت حين علمت قال مشايخنا رحمهم الله والصحيح ان القاضي يقول متى أخبرت بالشراء وكيف أخبرت بالشراء وانما اختار والاخبار لان العلم لا يثبت الا بدليل مقطوع به والشفعة تبطل بترك الطلب بعد وصول الخبر اليه وانما يسأله القاضي عن وقت الاخبار أو وقت العلم حتى يرى القاضي ان المدة هل تطاولت من وقت العلم الى وقت المرافعة الى القاضي فان عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله اذا تطاولت المدة فالقاضي لا يلتفت الى دعواه وعليه الفتوى ثم اذا سأله عن طلب المواثبة فقال طلبت حين علمت أو حين أخبرت من غير لبث سأله عن طلب الاشهاد هل طلبت طلب الاشهاد بعد ذلك من غير تأخير وتقصير فان قال نعم سأله ان الذي طلبت بحضرته هل كان أقرب اليه من غيره فان قال نعم تبين ان الاشهاد قد صح ثم اذا بين ما يصح عنده الطلب فقد صح دعواه فبعد ذلك يسال القاضي المدعى عليه عن دعوى المدعى فان أنكر ان يكون شفيعها بان كان المدعى ادعى الشفعة بسبب الجوار والمدعى عليه أنكر ان تكون الدار بجنب الدار المشتراة وان تكون الدار التي بجنب الدار المشتراة ملك المدعى (قوله فان عجز عن البينة استحلف) المشترى بالله ما يعلم أنه مالك الذي

(قوله وعليه الفتوى) أقول الفتوى على قول محمد في أنه اذا طالت المدة لا يلتفت القاضي الى دعواه (قوله وهذا لا يلزم المصنف الخ) أقول أشار الى قوله ثم يقول له متى أخبرت بالشراء الخ (قوله لانه ذكر أن الفتوى على قول أبي حنيفة في عدم البطلان بالتأخير) أقول لا على قولهما حتى يلزم السؤال عن زمان الاخبار (قوله سأله عن طلب الاشهاد) أقول الظاهر أن يقال عن طلب المواثبة

وذكرنا الاختلاف فيه) يريد ما ذكره في فصل كيفية اليمين والاستحلاف من كتاب الدعوى قال (وتجوز المنازعة في الشفعة الخ) وتجوز المنازعة في الشفعة وان لم يحضر الشفيع الثمن الى مجلس القاضي فاذا قضى القاضي بها لزمه احضار الثمن قال المصنف (وهذا ظاهر رواية الاصل) ولم يقل هذا رواية الاصل لانه لم يصرح في الاصل هكذا ولكنه ذكر ما يدل على أن القاضي يقضي بالشفعة من غير احضار الثمن لانه قال للمشترى أن يحبس الدار حتى يستوفي الثمن منه أو من ورثته ان مات (وعن محمد أنه لا يقضي حتى يحضر الشفيع الثمن وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة لان الشفيع قد يكون مفلسا فيتوقف القضاء على احضاره حتى لا يتوى مال المشترى) والفرق بين هذا وبين المشترى مع البائع أن البائع أزال المبيع عن ملكه قبل وصول الثمن اليه فقد أضر بنفسه عن اختيار فلا ينظر له بابطال ملك المشترى وانما ينظر له باثبات ولاية حبس المبيع فأما المشترى ههنا فلا يزيل ملك نفسه عن اختيار ليقال أضر بنفسه قبل وصول الثمن اليه بل الشفيع يتملك عليه

كرها دفعا للضرر عن نفسه وانما يجوز للانسان دفع الضرر عن نفسه على وجه لا يضر بغيره ودفع الضرر عن المشترى بابطال الشفعة اذا ماطل في دفع الثمن (وجه ظاهر الرواية أنه لا ثمن له عليه قبل القضاء ولهذا لا يشترط تسليمه وما ليس بثابت عليه لا يشترط احضاره) فلا بد من القضاء بها ليتمكن المشترى من المطالبة (واذا قضى له بالدار فللمشترى أن يحبسه حتى يستوفي الثمن ويكون القضاء نافذا عند محمد أيضا لانه فصل مجتهد فيه ووجب عليه الثمن فيحبسه فيه فلو أخر أداء الثمن بعد ما قال له ادفع اليه الثمن لا تبطل شفعته لانها تأكدت بالخصومة عند القاضي قال وان أحضر الشفيع البائع الخ) وان أحضر الشفيع البائع الى الحاكم والمبيع في يده فله أن يخاصمه في الشفعة لان اليد له وهي يد مستحقة أي معتبرة كيد المالك ولهذا كان له أن يحبسه حتى يستوفي الثمن ولو هلك في يده هلك من ماله وانما قال ذلك احترازا عن يد المودع والمستعير ومن له يد كذلك فهو خصم من ادعى عليه الا أن الحاكم لا يسمع البينة على البائع حتى يحضر المشترى فيفسخ البيع بحضرته ثم يقضي بالشفعة على البائع و يجعل العهدة عليه وهذه جملة قضايا كما ترى أما كونه خصما فقد بيناه وأما كون المشترى لا بد من حضوره مع البائع لسماع البينة فلعلتين اشترك في احداهما مع البائع وتفرد بالاخرى وأما ما اشتركا فيه فهو ما ذكره بقوله (لان الملك للمشترى واليد للبائع والقاضي يقضي بهما للشفيع) عليهما ولا بد من حضور المقضي عليه للقضاء (بخلاف ما اذا كانت الدار قد قبضت) فان حضور البائع اذ ذاك غير معتبر لصيرورته أجنبيا لم يبق له ملك ولا يد وأما ما تفرد به فهو ما ذكره بقوله (وهو أن البيع في حق المشترى اذا كان ينفسخ لا بد من حضوره ليقضى بالفسخ عليه)

وذكرنا الاختلاف بتوفيق الله وانما يحلفه على البتات لانه استحلاف على فعل نفسه وعلى ما في يده اصالة وفي مثله يحلف على البتات قال (وتجوز المنازعة في الشفعة وان لم يحضر الشفيع الثمن الى مجلس القاضي فاذا قضى القاضي بالشفعة لزمه احضار الثمن) وهذا ظاهر رواية الاصل وعن محمد انه لا يقضي حتى يحضر الشفيع الثمن وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة لان الشفيع عساه يكون مفلسا فيتوقف القضاء على احضاره حتى لا يتوى مال المشترى وجه الظاهر انه لا ثمن له عليه قبل القضاء ولهذا لا يشترط تسليمه فكذا لا يشترط احضاره (واذا قضى له بالدار فللمشترى أن يحبسه حتى يستوفي الثمن) وينفذ القضاء عند محمد أيضا لانه فصل مجتهد فيه ووجب عليه الثمن فيحبس فيه فلو أخر أداء الثمن بعد ما قال له ادفع الثمن اليه لا تبطل شفعته لانها تأكدت بالخصومة عند القاضي قال (وان أحضر الشفيع البائع والمبيع في يده فله أن يخاصمه في الشفعة لان اليد له وهي يد مستحقة) ولا يسمع القاضي البينة حتى يحضر المشترى فيفسخ البيع بمشهد منه و يقضي بالشفعة على البائع و يجعل العهدة عليه لان الملك للمشترى واليد للبائع والقاضي يقضي بهما للشفيع فلا بد من حضورهما بخلاف ما اذا كانت الدار قد قبضت حيث لا يعتبر حضور البائع لانه صار أجنبيا اذ لا يبقى له يد ولا ملك وقوله فيفسخ البيع بمشهد منه اشارة الى علة أخرى وهي أن البيع في حق المشترى اذا كان ينفسخ لا بد من حضوره ليقضى بالفسخ عليه

العناية قيل لم يتم بعد بل لا بد أن يسأله و يقول هل قبض المشترى المبيع أو لا لانه لو لم يقبض لم تصح الدعوى على المشترى ما لم يحضر البائع ثم يسأله عن السبب ثم يقول له متى أخبرت بالشراء ليعلم أن المدة طالت أو لا فان عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله اذا تطاولت فالقاضي لا يلتفت الى دعواه وعليه الفتوى وقال وهذا لا يلزم المصنف لانه ذكر أن الفتوى على قول أبي حنيفة في عدم البطلان بالتأخير ثم قال وقيل ثم بعد ذلك سأله عن طلب الاشهاد فاذا قال طلبت حين علمت اذ أخبرت من غير لبث سأله عن طلب الاستقرار فان قال طلبته من غير

ذكره بما يشفع به) وأما يحلف على العلم لانه استحلاف على ما في يد غيره هذا قول أبي يوسف رحمه الله وعن محمد رحمه الله يحلف على البتات لان المدعى يدعي عليه استحقاق الشفعة بهذا السبب وصار كما لو ادعى الملك بسبب الشراء أو غيره وهو ينكره وهنالك يحلف على البتات كذا ههنا (قوله وذكرنا الاختلاف بتوفيق الله تعالى) وهو ما ذكره في فصل كيفية اليمين والاستحلاف من كتاب الدعوى بقوله فيحلف على الحاصل في هذه الوجوه الى ما قال وهذا قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وأما على قول أبي يوسف رحمه الله يحلف في جميع ذلك على السبب (قوله وقوله فيفسخ البيع بمشهد منه اشارة الى علة أخرى) وهي ان البيع اذا كان

ولما كان فسخ البيع يوهم العود على موضوعه بالنقض فى المسئلة لأن نقض البيع انما هو لأجل الشفعة ونقضه يفضى الى انتفائها لكونها مبنية على البيع بين وجه النقض بقوله (ثم وجه هذا الفسخ المذكور أن ينفسخ فى حق الاضافة) لان قبض المشترى مع ثبوت حق الاخذ للشفيع بالشفعة ممتنع واذا كان ممتنعا فات الغرض من الشراء وهو الانتفاع بالمبيع فيحتاج الى الفسخ لان الاسباب شرعت لاحكامها الالذاتها لكنه يبقى أصل البيع أعنى الصادر من البائع وهو قوله بعت مجردا عن اضافته الى ضمير المشترى لتعذر انفساخه فانه لو انفسخ عاد الى موضوعه بالنقض كما ذكرناه (فيتحول لبقائه بتحويل الصفقة الى الشفيع ويصير كانه المشترى من البائع) وهذا لان الشفعة ثابتة فى الشرع البتة وثبوتها مع بقاء العقد كما كان متعذر لعدم حصول المقصود فكان فسخه من ضروراتها وهى تندفع بفسخه من جانب المشترى فلا تتعدى الى غيره وهذا اختيار بعض المشايخ وهو المختار وقال بعضهم تنتقل الدار من المشترى الى الشفيع بعقد جديد قالوا لو كان بطريق التحويل لم يكن للشفيع خيار الرؤية اذا كان المشترى قد رآه لكن له ذلك كما سيأتى ولما كان أن يرد الدار اذا اطلع على عيب والمشترى اشتراها على أن البائع برىء من كل عيب بها لكن له ذلك والجواب أن العقد يقتضى سلامة المعقود عليه من العيب وانما يعتبر فى حق المشترى بعارض لم يوجد فى الشفيع وهو الرؤية وقبول المشترى العيب فتحولت الصفقة الى الشفيع موجبة للسلامة نظرا الى الاصل (قوله فلهذا) أى فلتحول الصفقة اليه (يرجع بالعهدة على البائع) لانه تابع كما كان ولو كان بعقد جديد كانت على المشترى (بخلاف ما اذا قبضه المشترى فاخذه الشفيع من يده حيث تكون

ثم وجه هذا الفسخ المذكور أن ينفسخ فى حق الاضافة لامتناع قبض المشترى بالاخذ بالشفعة وهو يوجب الفسخ الا أنه يبقى أصل البيع لتعذر انفساخه لان الشفعة بناء عليه ولكنه تتحول الصفقة اليه ويصير كانه هو المشترى منه فلهذا يرجع بالعهدة على البائع بخلاف ما اذا قبضه المشترى فاخذه من يده حيث تكون العهدة عليه لانه ملكه بالقبض وفى الوجه الاول امتنع قبض المشترى وانه يوجب الفسخ وقد طولنا الكلام

تاخير سأله عن المطلوب بحضرته هل كان أقرب اليه من غيره فان قال نعم فقد صح دعواه اه (أقول) القائل صاحب النهاية أخذا من الذخيرة وتبعه بعض آخر من الشراح وقد غير صاحب العناية عبارتهم فى النقل وأفسد فان عبارتهم كانت هكذا ثم اذا سأله عن طلب المواثبة فقال طلبت حين علمت أو قال حين أخبرت من غير لبث سأله عن طلب الاشهاد هل طلب الاشهاد بعد ذلك من غير تاخير وتقصير فان قال نعم سأله ان الذى طلبت بحضرته هل كان أقرب اليه من غيره فان قال نعم تبين أن الاشهاد قد صح ثم اذا تبين ما يصح عنده الطلب فقد صح دعواه الى هنا عبارتهم وهذه العبارة هى المطابقة لما فى الذخيرة وهى الصحيحة ومن ماذكره صاحب العناية فى نقله لانه عبر عن طلب المواثبة بطلب الاشهاد حيث قال وقيل ثم بعد ذلك سأله عن طلب الاستقرار ولا يذهب عليك أن اطلاق طلب الاشهاد على طلب المواثبة يخالف اصطلاح الفقهاء جدا يظهر ذلك مما أحطت به خبرا فى أقسام الطلب وأيضا قد قيل فيما قبل سأله متى أخبرت بالشراء وكيف صنعت حين أخبرت بالشراء وقد نقله صاحب العناية أيضا فيما قبل فعلى تقدير أن يقال ههنا ثم بعد ذلك سأله عن طلب الاشهاد ومراده طلب المواثبة يصير المعنى ثم بعد السؤال عن طلب المواثبة سأله عن طلب المواثبة لان سؤاله قبله بكيف صنعت حين أخبرت سؤال عن طلب المواثبة لامحالة فيلزم تكرار السؤال عن طلب المواثبة بخلاف ما اذا قيل ثم اذا سأله عن طلب المواثبة سأله عن طلب الاشهاد كما وقع فى عبارتهم فانه لا يلزم حينئذ شئ من المحذورين المذكورين أما عدم لزوم المخالفة لاصطلاح الفقهاء فظاهر وأما عدم لزوم تكرار السؤال عن طلب المواثبة فان الكلام

ينفسخ لابد من حضوره ليقضى بالفسخ عليه أى يكون اشتراط حضور المشترى معلوما به لمتين بعلة أنه يصير مقضيا عليه فى حق الملك لانه ذكر قبل هذا بقوله لان الملك للمشترى واليد للبائع والقاضى يقضى بهما للشفيع فلابد من حضورهما او بعلة أنه يصير مقضيا عليه فى حق الفسخ كما ذكره ههنا ليقضى بالفسخ عليه والقضاء على الغائب لا يجوز ملكا أو فسخا فلابد من حضوره (قوله ثم وجه هذا الفسخ المذكور) وهو قوله فيفسخ البيع بمشهد منه ان ينفسخ فى حق الاضافة أى فى حق الاضافة الى المشترى لانه اذا أخذ بالشفعة فات باخذه القبض المستحق بالعقد فى حق المشترى وذا يوجب انفساخ البيع كما لو هلك المبيع قبل القبض الا أنه يبقى أصل البيع لان قول البائع للمشترى بعت ايجاب للبيع وقوله منك اضافة اليه فاذا أخذ الشفيع بالشفعة صار كان ذلك البيع أضيف الى الشفيع بعد ان كان مضافا الى المشترى فينتقض البيع فى حق الاضافة اليه لا أنه ينتقض أصل العقد كما اذا رمى سهما الى انسان فتقدم عليه غيره فاصابه فالرمى فى نفسه لم يتبدل ولكن الارسال والتوجه على الاول قد انقطع لتخلل هذا الثانى فيخرج من ان يكون مقصودا بالرمى وكذا ههنا تحولت الصفقة اليه كان العقد من الابتداء وقع معه وقال الشافعى رحمه الله العهدة على المشترى بكل

(قوله لم يكن للشفيع خيار الرؤية) أقول كالموكل اذا تملك المشترى من الوكيل بتحول الصفقة فانه لا يثبت له خيار الرؤية اذا لم يثبت توكيله (قوله بتحول الصفقة الى الشفيع) أقول وأما مسئلة الوكيل فان الموكل أقام الوكيل مقام نفسه ورضى بما فعل فكان سقوط الخيار من الموكل ضررا مرضيا بتوكيله فلم يكن له الرد بخلاف الشفيع

العهدة عليه لانه تم ملكه بالقبض قال (ومن اشترى دار الغيره فهو الخصم الخ) المشترى اذا كان وكيلا فاما أن يسلم المبيع الى موكله قبل الخصومة أولا فان كان الثانى فهو الخصم للشفيع (لانه هو العاقد) والعاقد يتوجه عليه حقوق العقد (والاخذ بالشفعة من حقوقه) وان كان الاول فالموكل هو الخصم (لانه لم يبق للوكيل يد ولا ملك) وهذا لان الوكيل كالبائع من الموكل لانه يجرى بينهما مبادلة حكمية على ماعرف فتسليمه الى الموكل كتسليم البائع الى المشترى ولو سلم الى المشترى كان هو الخصم فكذا الموكل فان قيل لو كان الوكيل بالشراء كالبائع من الموكل لكان حضور الوكيل والموكل جميعا شرطا فى الخصومة فى الشفعة اذا كانت الدار فى يد الوكيل كما أن الحكم كذلك فى البائع والمشترى على ما تقدم أجاب المصنف بقوله (الا أنه مع ذلك قائم مقام الموكل) لكونه نائبا عنه (فيكتفى بحضوره) والبائع ثمة ليس بنائب عن المشترى فلا يكتفى بحضوره (قوله وكذا اذا كان البائع وكيلا) ظاهر وقوله (وكذا اذا كان البائع وصيا) يعنى يكون الخصم للشفيع هو الوصى اذا كانت الورثة صغارا وقيد بقوله (فيما يجوز بيعه) احترازا عما لا يتغابن الناس بمثله فان بيعه به لا يجوز وقيل المراد به كون الورثة صغارا فان الوصى يبيع التركة أما اذا كانت الورثة كبارا لا يجوز بيعه لانهم متمكنون من النظر لانفسهم وقوله (واذا قضى القاضى للشفيع بالدار الخ) ظاهر وقد ذكرناه أيضا قال

(فصل فى مسائل الاختلاف) لما ذكر مسائل الاتفاق بين الشفيع والمشترى فى الثمن وهو الاصل شرع فى بيان مسائل الاختلاف بينهما

فيه فى كفاية المنتهى بتوفيق الله تعالى قال (ومن اشترى دار الغيره فهو الخصم للشفيع) لانه هو العاقد والاخذ بالشفعة من حقوق العقد فيتوجه عليه قال (الا أن يسلمها الى الموكل) لانه لم يبق له يد ولا ملك فيكون الخصم هو الموكل وهذا لان الوكيل كالبائع من الموكل على ماعرف فتسليمه اليه كتسليم البائع الى المشترى فتصير الخصومة معه الا أنه مع ذلك قائم مقام الموكل فيكتفى بحضوره فى الخصومة قبل التسليم وكذا اذا كان البائع وكيل الغائب فللشفيع أن يأخذها منه اذا كانت فى يده لانه عاقد وكذا اذا كان البائع وصيا لميت فيما يجوز بيعه لما ذكرنا قال (واذا قضى القاضى للشفيع بالدار ولم يكن رآها فله خيار الرؤية وان وجد بها عيبا فله أن يردها وان كان المشترى شرط البراءة منه) لان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء ألا يرى انه مبادلة المال بالمال فيثبت فيه الخياران كما فى الشراء ولا يسقط بشرط البراءة من المشترى ولا برؤيته لانه ليس بنائب عنه فلا يملك اسقاطه *(فصل فى الاختلاف)*

اذ ذاك ملتى فى صورة الشرطية تقدمها وهو قولهم ذا سأله عن طلب المواثبة اشارة الى ماذكروا فيما قبل من السؤال بكيف صنعت حين أخبرت وليس فيه حكم جديد حتى يلزم التكرار تأمل تفهم (قوله ومن اشترى دار الغيره فهو الخصم للشفيع لانه هو العاقد والاخذ بالشفعة من حقوق العقد فيتوجه عليه) أقول هذا التعليل يجرى بعينه فيما اذا سلمها الموكل مع أنه ليس بخصم هناك فكان ينبغى أن يزاد عليه قيد فارق بين الصورتين بان يقال بعد قوله والاخذ بالشفعة من حقوق العقد وله يد فى الدار وكان المصنف انما ترك ذكر ذلك القيد اعتمادا على انفهامه من تعليل صورة التسليم

(فصل فى الاختلاف) لما ذكر مسائل الاتفاق بين الشفيع والمشترى شرع فى مسائل الاختلاف بينهما

حال سواء أخذها من يد البائع أو من يد المشترى لان عنده حقوق العقد ترجع الى المالك (قوله الا أنه مع ذلك قائم مقام الموكل فيكتفى بحضوره) أى بخلاف البائع مع المشترى فانه لا يكتفى بحضرة البائع حتى يحضر المشترى لان البائع ليس بنائب عن المشترى كان هذا جواب لسؤال يرد على قوله وهذا لان الوكيل كالبائع من الموكل على ماعرف فتسليمه اليه كتسليم البائع الى المشترى فتصير الخصومة معه وهو ان يقال لو كان هو كالبائع والموكل كالمشترى يشترط حضورهما كما شرط ثم فاجاب ان الوكيل مع ذلك قائم مقام الموكل فيكتفى بحضوره قبل التسليم الى الموكل (قوله وكذا اذا كان البائع وصيا لميت) أى يكون الخصم للشفيع هو الوصى (قوله فيما يجوز بيعه) ذكر فى الباب الاول من شفعة المبسوط البائع اذا كان وصيا لميت الا ان الورثة كبار كلهم وليس على الميت دين ولم يوص بشئ يباع فيه الدار لم يجز بيع الوصى لان الملك للورثة وهم متمكنون من النظر لانفسهم وان كان فيهم صبى صغير جاز بيع الوصى فى جميع الدار وكذلك ان كان عليه دين أو أوصى بوصية من ثمن الدار وهو استحسان ذهب اليه أبو حنيفة رحمه الله وفى القياس لا يجوز بيعه الا فى نصيب الصغير خاصة أو بقدر الدين والوصية ثم فيما جاز بيعه كان للشفيع ان يأخذ الدار منه بالشفعة اذا كانت فى يده وفى الجامع الصغير الورثة كبار حضور ولا دين على الميت ولا وصية فليس للوصى ان يبيع شيأ من التركة لانه لا ولاية له عليهم فان كانوا غيبا فله بيع العروض لا العقار لان له ولاية الحفظ وبيع العروض من الحفظ فاما العقار محفوظ بنفسه ويملك اجارة الكل لانه حفظ حتى لو خيف هلاكه بان كان على شط بحر أو نحوه أو خيف هلاك بنائه يملك بيعه أيضا قال صدر الشهيد رحمه الله لو قيل يملك لا يبعد ولو كانوا صغارا فله بيع الكل لانه قائم مقام الاب وللاب ذلك والمتأخرون جوزوا بيع الوصى بضعف القيمة أو لضرورة النفقة والدين والله أعلم *(فصل فى الاختلاف)*

(قوله أما اذا كانت الورثة كبارا لا يجوز بيعه) أقول اذا لم يكن على الميت دين *(فصل فى الاختلاف)*

فيه قال (وان اختلف الشفيع والمشترى فى الثمن الخ) الشفيع والمشترى وان كانا بمنزلة البائع والمشترى لكنهما ليسا كذلك من كل وجـه
(لان الشفيع يدعى على المشـترى استحقاق الدار باقل الثمنين والمشترى لايدعى عليه شيا فيخير الشفيع بين الاخذ

قال (وان اختلف الشفيـع والمشترى فى الثمن فالقول قول المشترى) لان الشفيع يدعى استحقاق الدار عليه عنـد نقـد الاقل وهو ينكر والقول قول المنكر مع يمينه ولا يتحالفـان لان الشفيع ان كان يدعى علـيه استحقاق الدار فالمشترى لايدعى عليه شيأ لتخيره بين الترك والاخذ ولا نص ههنا فلا يتحالفان قال (ولو أقاما البينة فالبينة للشفيـع) عند أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف البينة بينة المشترى (لانها أكثر اثباتا) فصار كبينة البائع والوكيل والمشترى من العدو ولهما أنه لاتنافى بينهما

وقدم الاول لان الاصل هو الاتفاق (قوله ولا نص ههنا فلا يتحالفان) قال صاحب النهاية فى شرح هذا المقام انما النص فى حق البائع والمشـترى مع وجود معـنى الانـكار من الطرفين هنالك فوجب اليمين لذلك فى الطرفين ولم يوجد الانـكار ههنا فى طرف الشفيـع فلم يكن فى معنى ماورد فيه النص فلذلك لم يجب التحالف هنا اه واقتفى أثره صاحب معراج الدراية كما هو دأبه فى أكثر المواضع وتحرير صاحب غاية البيان أيضا يشعر بذلك فانه بعد ما بين عدم وجوب التحالف هنا على نهج ماذكر المصـنف من قبل قال فلم يكن اختلافهما فى معنى ماورد به النص وهو قوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة تحالفا وترادا فلا جرم لم يجب التحالف اه (أقول) ليس هذا بشرح صحيح لان وجود معنى الانـكار من الطرفين فى اختلاف المتبايعين انما هو فيما اذا وقع الاختلاف قبـل القبض وأما اذا وقع بعد القبض فمعنى الانـكار هنالك أيضا انما يوجد فى طرف واحـد وهو المشترى فكان التحالف فى تلك الصورة مخالفا للقياس ولكنا عرفناه بالنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا وقـد مر ذلك كله مستوفى فى باب التحالف من كتاب الدعوى فلو كان الوجـه فى عدم كون ما نحن فيه فى معنى ماورد فيه النص أن لا يوجد معنى الانـكار من الطرفين لانتقض ذلك قطعا بصورة اختـلاف المتبايعين بعـد القبض والصواب ان وجه عدم كون ما نحن فيـه فى معـنى ماورد فيه النص هو أن الشفيـع مع المشترى ليس فى معنى البائع والمشترى من كل وجـه لانتفاء شرط البيع وهو التراضى فلا يلحقان بهما فى حكم التحالف وقد أفصح عنه تاج الشريعة حيث قال وليس هـذا فى معنى ماورد فيه النص بالتحالف من كل وجه لان ركن البيـع وان وجـد لكن بالنظر الى فوات شرطـه وهو الرضا لم يوجد فلا يلحق به اه قال الزيلعى فى شرح هذه المسئلة من الـكنز ولا يتحالفان لان التحالف عرف بالنص فيما اذا وجـد الانـكار من الجانبين والدعوى من الجانبين والمشترى لايدعى على الشفيـع شـيأ فلا يكون الشفيـع منكرا فلا يكون فى معـنى ماورد النص فامتنع القياس اه (أقول) الخلل فى كلامه أشـد وأظهر فانه قال أولا لان التحالف عرف بالنص فيما اذا وجـد الانـكار من الجانبـين والدعوى من الجانبين وليس كذلك لانه عرف بالنص أيضا فيما لا انـكار ولا دعوى الا من جانب واحـد كما اذا اختلف المتبايعان بعـد القبض على ما صرحوا به فاطلبه حتى نفسه فى كتاب الدعوى بل الذى عرف بالنص هـذه الصورة لان التحالف فيما اذا وجـد الانـكار من الجانبين والدعوى من الجانبين ثابت بالقياس بدون ذلك النص وقال آخرا فامتنع القياس ولا يخـفى أن امتناع القياس لا يقتضى امتناع الالحاق بطريق دلالة النص فان كثيرا من الامور لا يجرى فيـه القياس ويصح اثباته بطريق الدلالة عـلى ما عرف فى موضـعه فبمجرد امتناع القياس ههنا لا يتم المطلوب فحق العبارة أن يقال فلا يلحق به لعدم القياس والدلالة (قوله وقال أبو يوسف البينة بينة المشترى لانها أكثر اثباتا) أقول لقائل أن يقول البينة انما تسمع من المدعى

(قوله فصار كبينة البائع) أى مع المشـترى يعنى لو اختلف البائع والمشترى فى مقدار الثمن وأقاما البينة كانت البينة بينة البائع لانها تثبت الزيادة (قوله والوكيل) أى كبينة الوكيل مع بينة الموكل فان الوكيل بالشراء

والترك فاذا وقع الاختلاف بينهـما فى الثمن وعجزا عن اقامة البينـة كان القول للمشـترى لانه ينكر ما يدعيـه الشـفيع من استحقاق الدار (عليه عند نقد الاقل) والقول قول المنكر مع يمينه ولا يتحالفان لانه لم يرد ثمة نص ولا هو فى معـنى المنصوص عليه من كل وجه (وان أقاما البينة وهى للشفيـع عند أبى حنيفة محمـد) وقال أبو يوسف هى للمشترى لانها أكثر اثباتا (فصار كبينـة البائع) اذا اختلف هو والمشـترى فى مقـدار الثمن وأقاما البينة فانها للبائع وكبينة الوكيل بالشراء مع بينة الموكل اذا اختلفا فى الثمن فانها للوكيل وكبينة المشـترى من العبد مع بينـة المولى القديم اذا اختلفا فى ثمن العبد المأسور فانها للمشترى لما فى ذلك كله من اثبات الزيادة (ولهما أنه لا تنافى بين البينتين) فى حق الشفيع لجواز تحقيق البيعين مرة بالف وأخرى بالفين على ماشهد عليه والبينتان وفسخ أحدهما بالآخر لا يظهر فى حق الشفيع لتأكد حقه فجاز

قال المصنف (ولا نص ههنا فلا يتحالفان) أقول اذا النص فى البائع والمشترى مع وجود معنى الانكار فى الطرفين هنالك فوجب التحالف لذلك ولم يوجد الانكار ههنا فى طرف الشفيـع لان المشـترى لا يدعى عليه شيا (قوله لجواز تحقيق البيعين مرة بالف وأخرى بالفين) أقول فيثبت بحجة الشفيـع البيـع بالف ويثبت بحجة المشترى البيع بالفين فكان الشفيـع مخيرا ان شاء أخذ بما أثبت بينة الشفيـع وان شاء أخذ بما أثبت بينة المشترى

أن يجعلا موجودين فى حقه (وله أن يأخذ بايهما شاء وهذا بخلاف البائع مع المشترى لانه لا يتوالى بينهما عقدان الا بانفساخ الاول (فالجمع بينهما غير ممكن فيصار الى

أكثرهما اثباتا لان المصير الى الترجيح عند تعذر التوفيق (وهذا هو التخريج لبينة الوكيل لانه كالبائع والموكل كالمشترى) فلا يمكن توالى العقدين بينهما الا بانفساخ الاول فتعذر التوفيق على أنها ممنوعة على ماروى ابن سماعة عن محمد أن البينة بينة الموكل لان الوكيل صدر منه اقراران أى بحسب ماتوجبه البينتان فكان للموكل أن يأخذ بايهما شاء (وأما المشترى من العدو فقد ذكر فى السير الكبير أن البينة بينة المالك القديم ولم يذكر فيه قول أبى يوسف ولئن سلمنا أن البينة للمشترى فذلك باعتبار أن التوفيق متعذر اذ لا يصح البيع الثانى هنالك الا بفسخ الاول وهذه طريقة أبى حنيفة فى هذه المسئلة حكاها محمد وأخذ بها (قوله ولان بينة الشفيع ملزمة) لانها اذا قبلت وجب على المشترى تسليم الدار بما ادعاه الشفيع شاء أو أبى والملزم منها أولى لانها وضعت للالزام و بينة المشترى عليه غير ملزمة لانها اذا قبلت لا يجب على الشفيع شئ ولكنه مخير بين أن يأخذ أو يترك وغير الملزم مستمر فى مقابلة الملزم غير معتبر طريقة أخرى له حكاها أبو يوسف ولم يأخذ بها وعلى هذه وقعت التفرقة بينهما و بين بينة البائع والمشترى والوكيل والموكل فان كل واحدة منهما ملزمة فانا

فلهذا صرنا الى الترجيح للزيادة ورجحنا بينة المولى القديم لكونها ملزمة على بينة المشترى من العدو لانها غير ملزمة

فيجعل كان الموجود بيعان وللشفيع أن يأخذ بايهما شاء وهذا بخلاف البائع مع المشترى لانه لا يتوالى بينهما عقدان الا بانفساخ الاول وههنا الفسخ لا يظهر فى حق الشفيع وهو التخريج لبينة الوكيل لانه كالبائع والموكل كالمشترى منه كيف وانها ممنوعة على ماروى عن محمد وأما المشترى من العدو فقلنا ذكر فى السير الكبير أن البينة بينة المالك القديم فلنا أن نمنع و بعد التسليم نقول لا يصح الثانى هنالك الا بفسخ الاول أما ههنا فبخلافه ولان بينة الشفيع ملزمة و بينة المشترى غير ملزمة والبينات للالزام

والمشترى لا يدعى على الشفيع شيأ ولهذا لا يتحالفان بالاتفاق كما مر آنفا فلزم أن لا تصح بينة المشترى أصلا فضلا عن أن ترجح على بينة الشفيع كما قاله أبو يوسف * ثم أقول يمكن الجواب عنه بان المشترى وان كان مدعى عليه لا مدعيا فى الحقيقة الا أنه مدع صورة حيث يدعى زيادة الثمن ومن كان مدعيا صورة تسمع بينته اذا أقامها كما فى المودع اذا ادعى رد الوديعة على المودع وأقام عليه بينة على ماعرف فى محله وأما الحلف فانما يجب على من كان مدعى عليه حقيقة ولا يجب على من كان مدعى عليه صورة ألا يرى أن المودع اذا ادعى رد الوديعة على المودع وعجز عن اقامة البينة عليه فانما يجب الحلف على المودع لكونه منكر الضمان حقيقة ولا يجب على المودع مع كونه فى صورة المدعى عليه برد الوديعة عليه فكان للمشترى فيما نحن فيه مجال اقامة البينة وان لم يجب على خصمه الحلف أصلا فرجح أبو يوسف بينته بناء على كونها أكثر اثباتا وبهذا التفصيل تبين أن قول صدر الشريعة فى شرح الوقاية فى هذا المقام وجرح ماذكرنا مؤيدا به ماذكره قبله بقوله لان الشفيع يدعى استحقاق الدار عند نقد الاقل والمشترى ينكره ليس بسديد وعن هذا لم يحك عن أبى حنيفة الاحتجاج بذلك مع ظهوره جدا وانما حكى عنه الطريقتان اللتان ذكرهما المصنف بقوله ولهما أنه لا تنافى الخ و بقوله ولان بينة الشفيع ملزمة الخ حكى أولاهما محمد وأخذ بها وحكى ثانيتهما أبو يوسف ولم يأخذ بها كما ذكر فى الشروح (قوله وهو التخريج لبينة الوكيل لانه كالبائع والموكل كالمشترى منه) أقول لقائل أن يقول ان أريد أن الوكيل كالبائع والموكل كالمشترى منه من كل وجه فهو ممنوع لظهور الاختلاف فى بعض الاحكام وان أريد أن الوكيل والموكل كالبائع والمشترى فى بعض الوجوه فهو مسلم ولكن الشفيع والمشترى أيضا بمنزلة البائع والمشترى فى بعض الوجوه كما صرحوا به قاطبة فلا يتم الفرق فليتأمل فى الدفع (قوله و بعد التسليم نقول لا يصح الثانى هنالك الا بفسخ الاول أما ههنا فبخلافه) أقول يرد على ظاهره أن البيع الثانى لا يصح ههنا أيضا ولا يفسخ الاول ضرورة عدم تصور بيع شئ واحد من شخص واحد مرتين الا بفسخ الاول ويدل على لزوم الفسخ هنا أيضا قول المصنف فيما قبل وههنا الفسخ لا يظهر فى حق الشفيع حيث نفى ظهور الفسخ فى حق الشفيع وذلك يقتضى تحقق الفسخ فى نفسه والجواب ان مراد المصنف بالفسخ فى قوله

مع الموكل اذا اختلفا فى مقدار الثمن وأقاما البينة كانت البينة بينة الوكيل لانها تثبت الزيادة (قوله والمشترى من العدو) أى كبينة المشترى من العدو مع بينة المولى القديم فان المشترى من العدو مع المولى القديم اذا اختلفا فى ثمن العبد المأسور وأقاما البينة كانت البينة بينة المشترى من العدو لما فيها من اثبات الزيادة (قوله كيف وانها ممنوعة على ماروى عن محمد رحمه الله) فان ابن سماعة روى عن محمد رحمه الله ان البينة بينة الموكل ان الوكيل صدر منه اقراران بحسب ماتوجبه البينتان فكان للموكل أن يأخذ بايهما شاء فاما فى ظاهر الرواية فقاما الوكيل مع الموكل كالبائع مع المشترى ولهذا يجرى التحالف بينهما عند الاختلاف فى الثمن (قوله وأما المشترى من العدو) يعنى ان المشترى من العدو والمولى القديم اذا اختلفا فقد نص فى السير الكبير لان البينة بينة المولى القديم ولم يذكر فيه قول أبى يوسف رحمه الله (قوله فلنا أن نمنع و بعد التسليم نقول

قال المصنف (كيف وانها ممنوعة) اقول فلا يرد ذلك علينا وكيف يرد وانها ممنوعة

قال (واذا ادعى المشترى ثمنا وادعى البائع أقل منه الخ) اذا اختلف البائع والمشترى فى الثمن فاما أن يكون مقبوضا أو غير مقبوض أو يكون القبض غير ظاهر يعنى غير معلوم للشفيع فان كان غير مقبوض فاما أن يدعى البائع أقل أو أكثر فان كان أقل أخذها الشفيع بما قال البائع وكان ذلك حطا عن المشترى ووجهه المذكور فى الكتاب واضح وقوله ولان التملك وجه آخر وانما كان التملك على البائع بايجابه لانه لو لم يقل بعت لا يثبت للشفيع شئ ألا ترى أنه لو أقر بالبيع وأنكر المشترى ثبت له حق الاخذ واذا كان كذلك كان القول قوله وان كان أكثر وليس لهما بينة تحالفا وترادا بالحديث المعروف وأيهما نكل ظهر أن الثمن ما يقوله الآخر فيأخذها الشفيع بذلك وان اختلفا فسخ القاضى البيع بينهما على ما عرف ويأخذها الشفيع بقول البائع لان فسخ البيع لا يوجب بطلان حق الشفيع وان كان الفسخ بالقضاء لان القاضى نصب ناظرا للمسلمين لا مبطلا لحقوقهم (وان كان مقبوضا أخذها بقول المشترى ان شاء ولم يلتفت الى قول البائع) لما ذكر فى الكتاب وهو ظاهر وان كان غير معلوم القبض فاما أن يقر البائع بالقبض أولا فان كان الثانى ولم يذكره فى الكتاب فالظاهر أن حكمه حكم ما اذا كان غير مقبوض وان كان الاول والغرض أن المشترى يدعى أكثر مما يقول البائع والدار فى يد المشترى فاما أن يقر أولا بمقدار الثمن ثم بالقبض أو بالعكس فان كان الاول كما لو قال (بعت الدار منه بالف وقبضت الثمن أخذها الشفيع بقول البائع) أى بالالف (لانه لما بدأ بالاقرار بالبيع بمقدار تعلقت الشفعة به) أى بالبيع بذلك المقدار

قال (واذا ادعى المشترى ثمنا وادعى البائع أقل منه ولم يقبض الثمن أخذها الشفيع بما قاله البائع وكان ذلك حطا عن المشترى) وهذا لان الامر ان كان على ما قال البائع فقد وجبت الشفعة به وان كان على ما قال المشترى فقد حط البائع بعض الثمن وهذا الحط يظهر فى حق الشفيع على ما نبين ان شاء الله تعالى ولان التملك على البائع بايجابه فكان القول قوله فى مقدار الثمن ما بقيت مطالبته فيأخذ الشفيع بقوله قال (ولو ادعى البائع الاكثر يتحالفان ويترادان وأيهما نكل ظهر أن الثمن ما يقوله الآخر فيأخذها الشفيع بذلك وان حلفا يفسخ القاضى البيع على ما عرف ويأخذها الشفيع بقول البائع) لان فسخ البيع لا يوجب بطلان حق الشفيع قال (وان كان قبض الثمن أخذ بما قال المشترى ان شاء ولم يلتفت الى قول البائع) لانه لما استوفى الثمن انتهى حكم العقد وخرج هو من البين وصار هو كالاجنبى وبقى الاختلاف بين المشترى والشفيع وقد بيناه ولو كان نقد الثمن غير ظاهر فقال البائع بعت الدار بالف وقبضت الثمن يأخذها الشفيع بالف لانه لما بدأ بالاقرار بالبيع تعلقت الشفعة به فبقوله بعد ذلك قبضت الثمن يريد اسقاط حق الشفيع فيرد عليه ولو قال قبضت الثمن وهو ألف لم يلتفت الى قوله لان بالاول وهو الاقرار بقبض الثمن خرج من البين وسقط اعتبار قوله فى مقدار الثمن

لا يصح الثانى هنالك الا بفسخ الاول أما ههنا فبخلافه) وهو الفسخ فى حق الثالث وهو المالك القديم هنالك والشفيع هنا لا الفسخ فى حق المتعاقدين والذى لزم تحققه ضرورة فى الفصلين معا هو الثانى دون الاول فعنى

لا يصح الثانى هنالك الا بفسخ الاول أما ههنا فبخلافه) هذه طريقة لابى حنيفة رحمه الله فى هذه المسئلة حكاها محمد رحمه الله والطريقة الثانية حكاها أبو يوسف رحمه الله وهى قوله ولان بينة الشفيع ملزمة وبينة المشترى غير ملزمة والبينات للالزام بيان هذا أنه اذا قبلت بينة الشفيع وجب على المشترى تسليم الدار اليه بالف شاء أو أبى واذا قبلت بينة المشترى لا يجب على الشفيع شئ ولكنه يتخير ان شاء أخذ وان شاء ترك والملزم من البينتين مرجح وبه فارق بينة البائع مع المشترى لان كل واحدة من البينتين هنالك ملزمة وكذلك بينة الوكيل مع الموكل وكل واحدة منهما ملزمة فلهذا صرنا الى الترجيح بالزيادة وفى مسئلة المشترى من العدو على هذه الطريقة البينة بينة المولى القديم لانها ملزمة وبينة المشترى غير ملزمة كذا فى الباب الاول من شفعة المبسوط (قوله ولان التملك على البائع بايجابه) أى تملك المشترى على البائع بايجابه أى بسبب قوله بعت منك وان كان سبب التملك فى حقه قوله قبلت الا أن قبوله انما يصير سببا للتملك بواسطة ايجاب البائع فيكون البائع أعرف بمقدار الثمن من المشترى فكان القول قوله فى مقدار الثمن ما بقيت مطالبته فيأخذ الشفيع بقوله (قوله لان فسخ البيع لا يوجب بطلان حق الشفيع) يعنى ان الفسخ وان كان بالقضاء لا يظهر فى حق الشفيع لان القاضى نصب ناظرا للمسلمين لا مبطلا لحقوقهم ولان الفسخ مقرر لحق الشفيع لا رافع ولهذا ينفسخ العقد الذى جرى بين البائع والمشترى بالاخذ بالشفعة (قوله لانه لما بدأ بالاقرار بالبيع تعلقت الشفعة به) لانه أخبر عن الثمن فى حال له ولاية البيان فبنى الحكم عليه ثم بقوله قبضت الثمن يريد اسقاط

ثم بقوله (قبضت الثمن يريد اسقاط حق الشفيع) المتعلق باقراره من الثمن لانه ان تحقق ذلك يبقى أجنبيا من العقد اذ لا ملك له ولا يد وحينئذ يجب أن يأخذ ما يدعيه المشترى كما تقدم آنفا أن الثمن اذا كان مقبوضا أخذ بما قال المشترى وليس له اسقاط حق الشفيع (فيرد عليه) قبضت وان كان الثانى كما لو قال (قبضت الثمن) وهو ألف لم يلتفت الى قوله ويأخذ بما قال المشترى (لان بالاول وهو الاقرار بقبض الثمن خرج من البين) وصار أجنبيا (وسقط اعتبار قوله فى مقدار الثمن) وروى الحسن عن أبى حنيفة أن المبيع اذا كان فى يد البائع فاقر بقبض الثمن وزعم أنه ألف فالقول قوله لان التملك يقع على البائع فيرجع الى قوله وهو ظاهر

لانه لم يصر أجنبيا لكونه ذا اليد واك لم يكن مالكا والله أعلم ⁕(فصل فيما يؤخذ به المشفوع)⁕ لما فرغ من بيان أحكام المشفوع وهو الاصل لانه المقصود من حق الشفعة ذكر ما يؤخذ به المشفوع وهو الثمن الذى يؤديه الشفيع لان الثمن تابع (واذا حط البائع عن المشترى) حط بعض الثمن والزيادة يستويان فى باب المرابحة دون الشفعة لان فى المرابحة ليس فى التزام الزيادة حق ابطال حق مستحق بخلاف الشفعة فان فى الزيادة فيها ابطال حق ثبت للشفيع باقل منها وعلى هذا يخرج ماذكر فى الكتاب أن البائع اذا حط عن المشترى بعض الثمن سقط ذلك عن الشفيع وان حط الجميع لم يسقط عنه شئ لان حط البعض ملتحق باصل العقد فيظهر فى حق الشفيع لانه انما يأخذها بالثمن والثمن ما بقى على المشترى بذلك القدر بخلاف حط الكل لانه لا يلتحق باصل العقد لئلا يخرج العقد عن وان حط بعده رجع الشفيع

موضوعه وقد بينه فى البيوع فى فصل قبيل الربا وباقى كلامه ظاهر (قوله ومن اشترى دارا بعرض) أى متاع من ذوات القيم كالعبد مثلا (أخذها الشفيع بقيمته) أى بقيمة العرض (لانه من ذوات القيم وان اشتراها بمكيل أو موزون أخذها بمثله لانه من ذوات الامثال) وهذا لان الشرع أثبت للشفيع ولاية التملك على المشترى بمثل ما يملكه فيراعى بالقدر الممكن فان كان له مثل صورة تملكه بها والا فالمثل من حيث المالية وهو القيمة وقوله (بالقدر الممكن) يشير الى الجواب عما قيل القيمة تعرف بالحزر والظن ففيها جهالة وهى تمنع من استحقاق الشفعة ألا ترى أن الشفيع لو سلم شفعة الدار على أن يأخذ منها بيتا بعينه كان التسليم باطلا وهو على شفعة الجميع لكون قيمة البيت مما يعرف بالحزر والظن ووجهه أن مراعاة ذلك غير ممكن فلا يكون معتبرا بخلاف البيت فان أخذه بثمن معلوم ممكن فكانت الجهالة مانعة وان

⁕(فصل)⁕ فيما يؤخذ به المشفوع قال (واذا حط البائع عن المشترى بعض الثمن يسقط ذلك عن الشفيع وان حط جميع الثمن لم يسقط عن الشفيع) لان حط البعض يلتحق باصل العقد فيظهر فى حق الشفيع لان الثمن ما بقى وكذا اذا حط بعد ما أخذها الشفيع بالثمن يحط عن الشفيع حتى يرجع عليه بذلك القدر بخلاف حط الكل لانه لا يلتحق باصل العقد بحال وقد بيناه فى البيوع (وان زاد المشترى للبائع لم تلزم الزيادة فى حق الشفيع) لان فى اعتبار الزيادة ضررا بالشفيع لاستحقاقه الاخذ بما دونها بخلاف الحط لان فيه منفعة له ونظير الزيادة اذا جدد العقد باكثر من الثمن الاول لم يلزم الشفيع حتى كان له أن يأخذها بالثمن الاول لما بينا كذا هذا قال (ومن اشترى دارا بعرض أخذها الشفيع بقيمته) لانه من ذوات القيم (وان اشتراها بمكيل أو موزون أخذها بمثله) لانهما من ذوات الامثال وهذا لان الشرع أثبت للشفيع ولاية التملك على المشترى بمثل ما تملكه فيراعى بالقدر الممكن كما فى الاتلاف والعددى المتقارب من ذوات الامثال

كلام المصنف هناك ان الفسخ يظهر فى حق الثانى هنالك كما يظهر فى حق المتعاقدين وأما هنا فبخلافه أى لا يظهر فى حق الثالث وثمرة هذا الاختلاف أن الثالث هنالك وهو المالك القديم يأخذ العبد المأسور من المشترى من العدو بالثمن الثانى وأما الثالث هنا وهو الشفيع فيأخذ الدار من المشترى باى الثمنين شاء فان قلت ذلك معنى كلام المصنف ذلك قطعا ولكن ما وجه ظهور الفسخ هنالك فى حق المالك القديم وعدم ظهوره هنا فى حق الشفيع وما الفرق بينهما قلت حق الشفيع تعلق بالدار من وقت وجود البيع الاول وأما حق المالك القديم فلم يتعلق بالعبد المأسور الا بعد الاخراج الى دار الاسلام والاخراج اليها لم يكن الا بالبيع الثانى فافترقا وحل هذا المقام بهذا الوجه مما ليس وقد أهمله الشراح مع التزامهم بيان الظواهر فى كثير من المواضع

⁕(فصل فيما يؤخذ به المشفوع)⁕ لما فرغ من بيان أحكام المشفوع وهو الاصل لانه المقصود من حق الشفعة شرع فى بيان ما يؤخذ به المشفوع وهو الذى يؤديه الشفيع لانه ثمن والثمن تابع كذا فى الشروح (قوله وهذا لان الشرع أثبت للشفيع ولاية التملك على المشترى بمثل ما يملكه) أقول كان الظاهر أن يقول بمثل

حق الشفيع فى الاخذ بما قاله فرد عليه بخلاف ما اذا أقر باستيفاء الثمن أولا لانه بذلك خرج من البين فلم يقبل بيانه وقد خرج من البين والله أعلم بالصواب

⁕(فصل فيما يؤخذ به المشفوع)⁕ (قوله بخلاف حط الكل لانه لا يلتحق باصل العقد بحال) وذلك لان حط جميع الثمن لو التحق باصل العقد فاما أن يصير العقد هبة ولا شفعة للشفيع فى الهبة أو يصير بيعا بلا ثمن فيكون فاسدا ولا شفعة فى البيع الفاسد فيؤدى الى ابطال حق الشفيع (قوله ومن اشترى دارا بعرض أخذها الشفيع بقيمته) أى بقيمة العرض عندنا وقال أهل المدينة يأخذها بقيمة الدار دفعا للضرر عن المشترى بوصول قيمة ملكه اليه، ولنا أن الشفيع يتملك بمثل ما تملك به المشترى والمثل نوعان كامل وهو المثل صورة ومعنى وقاصر وهو المثل معنى (قوله فان اشتراها بمكيل أو موزون أخذها بمثله) لقدرته على المثل

⁕(فصل فيما يؤخذ به المشفوع)⁕ (قوله قبل القبض سقط ذلك) أقول أى قبل قبض المشترى الثمن من الشفيع (قوله والثمن ما بقى واذا حط بعده رجع الشفيع الخ) أقول لفظة ما فى قوله ما بقى موصولة والضمير فى قوله بعده راجع الى القبض فى قوله اذا حط عن المشترى بعض الثمن قبل القبض (قوله لئلا يخرج العقد عن موضوعه) أقول لانه يصير هبة لانه يبقى تمليكا بلا عوض ولا شفعة فى الهبة (قوله ألا ترى أن الشفيع لو سلم الدار الخ) أقول فيه تأمل فان التنوير المذكور لا يطابق لما ادعاه بظاهره تأمل (قوله على أن يأخذ منها) أقول أى بالشفعة (قوله ووجهه أن مراعاة ذلك غير ممكن) أقول فيه بحث

وقوله (وان باع عقارا بعقار) ظاهر وجهه مما تقدم (واذا باع بثمن مؤجل) الى أجل معلوم (فللشفيع الخيار ان شاء أخذها بثمن حال وان شاء صبر عن الاخذ حتى ينقضى الاجل ثم يأخذها) وانما وصفنا الاجل بكونه معلوما لانه لو كان مجهولا كان البيع فاسدا ولا شفعة فيه (وليس له أن يأخذها فى الحال بثمن مؤجل) عندنا (وقال زفر له ذلك وهو قول الشافعى) القديم (لان الاجل وصف فى الثمن كالزيافة والاخذ بالشفعة به) أى بالثمن (فيأخذه باصله ووصفه كما فى الزيوف ولنا أن الاجل انما يثبت بالشرط ولا شرط فيما بين الشفيع والبائع أو المبتاع) فلا أجل فيما بين الشفيع وبينهما وقوله (وليس الرضا) دليل آخر وتقريره لا بد فى الشفعة من الرضا لكونها مبادلة ولا رضا فى حق الشفيع بالنسبة الى الاجل لان الرضا به فى حق المشترى ليس برضا فى حق الشفيع لتفاوت الناس فى الملاءة بفتح الميم وهو مصدر ملؤ الرجل بالضم ولقائل أن يقول لما كان الرضا شرطا وجب أن لا يثبت حق الشفعة لانتفائه من البائع والمشترى جميعا وحيث ثبت بدونه جاز أن يثبت الاجل كذلك والجواب أن ثبوته بدونه ضرورى ولا ضرورة فى ثبوت الاجل وقوله (وليس الاجل وصفا فى الثمن) جواب عن قول زفر ووجهه أن وصف الشئ يتبعه لا محالة وهذا ليس كذلك (لانه حق المشترى) والثمن حق البائع وقوله (وصار كما اذا شترى شيأ) ظاهر

(وان باع عقارا بعقار أخذ الشفيع كل واحد منهما بقيمة الآخر) لانه بدله وهو من ذوات القيم فيأخذه بقيمته قال (واذا باع بثمن مؤجل فللشفيع الخيار ان شاء أخذها بثمن حال وان شاء صبر حتى ينقضى الاجل ثم يأخذها وليس له أن يأخذها فى الحال بثمن مؤجل) وقال زفر له ذلك وهو قول الشافعى فى القديم لان كونه مؤجلا وصف فى الثمن كالزيافة والاخذ بالشفعة به فيأخذ باصله ووصفه كما فى الزيوف ولنا أن الاجل انما يثبت بالشرط ولا شرط فيما بين الشفيع والبائع أو المبتاع وليس الرضا به فى حق المشترى رضا به فى حق الشفيع لتفاوت الناس فى الملاءة وليس الاجل وصف الثمن لانه حق المشترى ولو كان وصفا له لتبعه فيكون حقا للبائع كالثمن وصار كما اذا اشترى شيأ بثمن مؤجل ثم ولاه غيره لا يثبت الاجل الا بالذكر كذا هذا

ما علك به لان الشفيع انما يملك بمثل الثمن الذى تملك به المشترى لا بمثل المبيع الذى تملكه المشترى وعن هذا قلنا فيما اذا اشترى دارا بعرض يأخذها الشفيع بقيمة العرض الذى هو الثمن لا بقيمة الدار التى هى المبيع كما قاله أهل المدينة على ما ذكر فى المبسوط وفى الكافى الفارق بينهما هو الباء فلا بد من ذكرها ههنا ولقد أحسن صاحب الكافى حيث قال ولنا أن الشفيع يملك بمثل ما يملك به المشترى والمثل نوعان كامل وهو المثل صورة ومعنى وقاصر وهو المثل معنى اه (قوله وليس الرضا به فى حق المشترى رضا به فى حق الشفيع لتفاوت الناس فى الملاءة) قال صاحب العناية هذا دليل آخر تقريره لا بد فى الشفعة من الرضا لكونها مبادلة ولا رضا فى حق الشفيع بالنسبة الى الاجل لان الرضا به فى حق المشترى ليس برضا فى حق الشفيع لتفاوت الناس فى الملاءة بفتح الميم وهو مصدر ملؤ الرجل وقال ولقائل أن يقول لما كان الرضا شرطا وجب أن لا يثبت حق الشفعة لانتفائه من البائع والمشترى جميعا وحيث ثبت بدونه جاز أن يثبت الاجل كذلك والجواب أن ثبوته بدونه ضرورى ولا ضرورة فى ثبوت الاجل الى هنا كلامه وقد اقتفى أثره الشارح العينى (أقول) لا يخفى على ذى فطرة سليمة ان ذلك ليس بدليل آخر بل انما هو تتمة الدليل السابق ذكر لدفع ما عسى يتوهم أن يقال شرط الاجل وان لم يتحقق بين البائع والشفيع صريحا ولكن تحقق بينهما ضمنا من حيث ان الرضا بالاجل فى حق المشترى رضا به فى حق الشفيع ووجه الدفع ظاهر من قوله لتفاوت الناس فى الملاءة فلا احتياج أصلا الى ما ارتكبه الشارحان المزبوران من تقرير مقدمات لجعل ذلك دليلا مستقلا وايراد سؤال والتزام جواب بعيد عنه بل لا وجه للقول بانه لا بد فى الشفعة من الرضا عند من أحاط بمسائل الشفعة خبرا كيف وقد صرحوا بخلافه فى مواضع شتى من كتاب الشفعة سيما عند قولهم ويملك الشفيع الدار اما بالتراضى أو بقضاء القاضى حيث جعلوا قضاء القاضى مقابلا للتراضى واعتبروا كل واحد منهما سببا مستقلا للملك

الكامل لانهما من ذوات الامثال وان اشتراها بعرض أخذها بقيمة العرض لعجزه عن المثل الكامل لانه من ذوات القيم ولئن كان بيع الشئ بالقيمة فهو فى مال البقاء فصار كالو استحق أحد العبدين ويعتبر قيمة العرض وقت الشراء لا وقت الاخذ بالقيمة (قوله وان باع بثمن مؤجل فللشفيع الخيار) وفى الذخيرة هذا اذا كان الاجل معلوما فاما اذا كان مجهولا نحو الحصاد والدياس وأشباه ذلك فقال الشفيع انا أعجل الثمن وآخذها لم يكن له ذلك لان الشراء بالاجل المجهول فاسد وحق الشفيع لا يثبت فى الشراء الفاسد (قوله لان كونه مؤجلا وصف فى الثمن) يقال دين مؤجل ودين حال (قوله وليس الاجل وصف الثمن) لان

(قوله وقوله وليس الرضا دليل آخر) أقول الاظهر انه جواب عما يقال لشرط وان لم يثبت صريحا فقد ثبت دلالة لان الرضا بتأجيل المشترى رضا بتأجيل الشفيع (قوله لتفاوت الناس فى الملاءة) قول أى فى الغنى قال المصنف (وليس الاجل وصف الثمن الخ) أقول سبق ما يتعلق بعدم وصفية الاجل فى باب التحالف

ثم ان أخذها بثمن حال من البائع سقط الثمن عن المشترى لما بينا من قبل وان أخذها من المشترى رجع البائع على المشترى بثمن مؤجل كما كان لان الشرط الذى جرى بينهما لم يبطل باخذ الشفيع فبقى موجبه فصار كما اذا باعه بثمن حال وقد اشتراه مؤجلا وان اختار الانتظار له ذلك لان له أن لا يلتزم زيادة الضرر من حيث النقدية وقوله فى الكتاب وان شاء صبر حتى ينقضى الاجل مراده الصبر عن الاخذ أما الطلب عليه فى الحال حتى لو سكت عنه بطلت شفعته عند أبى حنيفة ومحمد خلافا لقول أبى يوسف الآخر لان حق الشفعة انما يثبت بالبيع والاخذ يتراخى عن الطلب وهو متمكن من الاخذ فى الحال بأن يؤدى الثمن حالا فيشترط الطلب عند العلم بالبيع

(قوله ثم ان أخذها بثمن حال من البائع سقط الثمن عن المشترى لما بينا من قبل وان أخذها من المشترى رجع البائع على المشترى بثمن مؤجل كما كان) قال صاحب العناية قوله وان أخذها من المشترى رجع البائع على المشترى بثمن مؤجل الخ يوهم أن الشفيع يملك ببيع جديد وهو مذهب بعض المشايخ كما تقدم وليس كذلك بل هو بطريق تحول الصفقة كما هو المختار لكن يتحول ما كان مقتضى العقد والاجل مقتضى الشرط فبقى مع من ثبت الشرط فى حقه اهـ واقتفى أثره الشارح العينى (أقول) هذا خبط فاحش منهما مداره عدم الفرق بين ما اذا قبضها المشترى فأخذها الشفيع من يده وبين ما اذا لم يقبضها المشترى وأخذها الشفيع من يد البائع فان لاختلاف فى ان الدار المشفوعة هل تنتقل الى الشفيع بطريق تحول الصفقة أم بعقد جديد انما هو فيما اذا أخذها الشفيع من يد البائع قبل أن يقبضها المشترى وأما فيما اذا أخذها الشفيع من يد المشترى بعد ان قبضها فلم يقل أحد بأن انتقالها الى الشفيع هناك بطريق تحول الصفقة ولا مجال له أصلا وانما هو بطريق عقد جديد بالاجماع واقد نادى اليه قول المصنف فى أواخر باب طلب الشفعة والخصومة فيها بخلاف ما اذا قبضه المشترى فأخذه من يده حيث تكون العهدة عليه بالقبض لانه تم ملكه بالقبض وفى الوجه الاول امتنع قبض المشترى وأنه يوجب الفسخ اهـ فالصواب أن قول المصنف ههنا ثم ان أخذها بثمن حال من البائع سقط الثمن عن المشترى اشارة الى صورة أخذها من يد البائع قبل أن يقبضها المشترى وقوله لما بينا من قبل اشارة الى ما ذكر فى باب طلب الشفعة والخصومة فيها من أن العقد ينفسخ فى حق الاضافة الى المشترى وتتحول الصفقة الى الشفيع على ما هو المختار فان قوله وان أخذها من المشترى رجع البائع على المشترى بثمن مؤجل كما كان اشارة الى صورة أخذها من يد المشترى بعد أن قبضها وقوله لان الشرط الذى جرى بينهما لم يبطل بأخذ الشفيع فبقى موجبه فصار كما اذا باعه بثمن حال وقد اشتراه مؤجلا اشارة الى أن تملك الشفيع فى هذه الصورة بعقد جديد كما نبه عليه فى الباب المزبور بقوله بخلاف ما اذا قبضه المشترى فأخذه من يده حيث تكون العهدة عليه بالقبض لانه تم ملكه بالقبض اهـ فكان كل من المسألتين المذكورتين هنا مطابقا لما صرح به فى الباب المزبور فلا غبار على شئ منهما أصلا (قوله وهو متمكن من الاخذ فى الحال بأن يؤدى الثمن حالا فيشترط الطلب عند العلم بالبيع) قال صاحب العناية

الثمن للبائع والاجل حق المشترى على البائع (قوله لما بينا من قبل) أى فى أواخر باب طلب الشفعة وهو ان البيع انفسخ فى حق المشترى وقام الشفيع مقام المشترى فى حق اضافة العقد اليه وبانفساخ العقد يسقط الثمن عن المشترى (قوله مراده الصبر على الاخذ) وفى بعض النسخ عن الاخذ وهو الصحيح (قوله خلافا لقول أبى يوسف رحمه الله الآخر) وجه قوله الآخر ان الطلب غير مقصود لعينه بل للآخر وهو فى الحال لا يتمكن من الاخذ فلا فائدة فى طلبه فى الحال فسكوته لانه لم ير فيه فائدة لا لاعراضه

وقوله (لما بينا) اشارة الى قوله لامتناع قبض المشترى بالاخذ بالشفعة وهو يوجب الفسخ الى آخر ما ذكره فى اواخر باب طلب الشفعة وقوله (وان أخذها من المشترى رجع البائع على المشترى بثمن مؤجل الخ) يوهم أن الشفيع يملكه ببيع جديد وهو مذهب بعض المشايخ كما تقدم وليس كذلك بل و بطريق تحول الصفقة كما هو المختار لكن يتحول ما كان مقتضى العقد والاجل يقتضى الشرط فبقى مع من ثبت الشرط فى حقه وقوله (وان اختار الانتظار) ظاهر وقوله (لقول أبى يوسف الآخر) احترازعن قوله الاول روى ابن أبى مالك أن أبا يوسف كان يقول أولا كقولهما ثم رجع وقال له أن يأخذها عند حلول الاجل وان لم يطلب فى الحال لان الطلب انما هو للاخذ وهو فى الحال لا يتمكن منه على الوجه الذى يطلبه لانه انما يريد الاخذ بعد حلول الاجل أو بثمن مؤجل فى الحال ولا يتمكن من ذلك فلا فائدة فى طلبه فى الحال فسكوته لعدم الفائدة فى الطلب لا لاعراضه عن الاخذ ووجه قولهما وقوله أولا ماذكر فى الكتاب وفيه اغلاق وتقريره حق الشفعة يثبت بالبيع عند العلم به والشرط الطلب عند ثبوت حق الشفعة ويجوز أن يكون تقريره هكذا الشرط الطلب عند حق الشفعة وحق الشفعة انما يثبت بالبيع فيشترط الطلب عند العلم به وأما الاخذ فانه يتراخى عن الطلب فيجوز أن يتأخر الى انقضاء الاجل وقوله (وهو متمكن من الاخذ فى الحال) جواب عن قول أبى يوسف الآخر قال

(قوله لان الطلب انما هو الاخذ) أقول وهو المقصود من الطلب قال المصنف (وهو متمكن من الاخذ فى الحال) أقول وهذا دليل على ثبوت حق

وتقريره لانسلم أن المقصود به الاخذ ولئن كان فلا نسلم أنه ليس بمتمكن من الاخذ فى الحال بل هو متمكن منه بان يؤدى الثمن حالا قال (واذا اشترى ذمى دارا بخمر أو خنزير وشفيعها ذمى أخذها بمثل الخمر وقيمة الخنزير) وجهه ظاهر وقوله وشفيعها ذمى احتراز عما اذا كان مرتدا فانه لاشفعة له سواء قتل على ردته أومات أولحق بدار الحرب ولالورثته لان الشفعة لاتورث (وان كان شفيعها مسلما أخذها بقيمة الخمر والخنزير) قال المصنف أما الخنزير فظاهر يعنى لكونه من ذوات القيم واستشكل بان قيمة (٣٢١) الخنزير لها حكم عين الخنزير ولهذا لايعشر العاشر عن قيمته كما تقدم فى باب من يمر على العاشر وأجيب بان مراعاة حق الشفيع واجبة بقدر الامكان ومن ضرورة ذلك دفع قيمة الخنزير بخلاف ما اذا مر على العاشر وطريق معرفة قيمة الخنزير والخمر الرجوع الى من أسلم من أهل الذمة أومن تاب من فسقة المسلمين فان وقع الاختلاف فى ذلك فالقول فيه قول المشترى مثل ما اذا اختلف الشفيع والمشترى فى مقدار الثمن واذا أسلم أحد المتبايعين والخمر غير مقبوضة انتقض البيع لفوات القبض المستحق بالعقد والاسلام يمنع قبض الخمر بحكم البيع كما يمنع العقد على الخمر ولكن لايبطل حق الشفيع فى الشفعة لان وجوب الشفعة باصل البيع وقد كان صحيحا وبقاؤه ليس بشرط لبقاء الشفعة وباقى كلامه ظاهر قال

الشفعة فى الحال (قوله وتقريره لانسلم الخ) أقول فيه بحث الا أن المراد الاخذ فى الحال (قوله وأجيب بان مراعاة حق الشفيع واجبة) أقول وتقرير الجواب فى شرح الكافى هكذا قيمة الخنزير كعين الخنزير معنى ولكن فى كونها بمنزلة الخنزير شبهة فلما كان متضمنا ابطال حق العبد لم يعمل لهذه الشبهة بل يعمل بالشبهة فيما اذا لم يكن متضمنا ابطال حق الغير وفى مسألتنا يتضمن ابطال حق الغير فلم يعمل بها بخلاف ما اذا مر على العاشر اه وفى شرح الكنز للزيلعى انما يحرم عليه تمليكها اذا كانت القيمة بدلا عن الخنزير وأما اذا كانت بدلا عن غيره فلا يحرم وهنا بدل عن الدار لاعن الخنزير وانما الخنزير

قال (وان اشترى ذمى بخمر أو خنزير دارا وشفيعها ذمى أخذها بمثل الخمر وقيمة الخنزير) لان هذا البيع مقضى بالصحة فيما بينهم وحق الشفعة يعم المسلم والذمى والخمر لهم كالخل لنا والخنزير كالشاة فيأخذ فى الاول بالمثل والثانى بالقيمة قال (وان كان شفيعها مسلما أخذها بقيمة الخمر والخنزير) أما الخنزير فظاهر وكذا الخمر لامتناع التسليم والتسلم فى حق المسلم فالتحق بغير المثلى وان كان شفيعها مسلما وذميا أخذ المسلم نصفها بنصف قيمة الخمر والذمى نصفها بنصف مثل الخمر اعتبارا للبعض بالكل فلو أسلم الذمى أخذها بنصف قيمة الخمر لعجزه عن تمليك الخمر وبالاسلام يتأكد حقه لا أن يبطل فصار كما اذا اشتراها بكر من رطب فحضر الشفيع بعد انقطاعه يأخذها بقيمة الرطب كذا هذا

قوله وهو متمكن من الاخذ فى الحال جواب عن قول أبى يوسف الآخر وتقريره لانسلم أن المقصود به الاخذ ولئن كان فلا نسلم أنه ليس بمتمكن من الاخذ فى الحال بل هو متمكن منه بأن يؤدى الثمن حالا انتهى (أقول) فيه نظر أما أولا فلان المصنف لم يتعرض فيما قبل لدليل قول أبى يوسف الآخر كما ترى فالتصدى للجواب عنه بمنع بعض مقدماته كما قرره الشارح المزبور بعيد جدا بل هو خارج عما عليه دأب المصنف فى نظائره وأما ثانيا فلان منع كون المقصود به الاخذ كما ذكره الشارح المزبور فى أول التقرير مما لايفهم من عبارة المصنف فى قوله المذكور بوجه من وجوه الدلالات فكيف يصح حمل كلام المصنف عليه وأما ثالثا فلان قوله ولئن كان فلا نسلم أنه ليس بمتمكن من الاخذ فى الحال بل هو متمكن منه بان يؤدى الثمن حالا مما لايكاد يصلح أن يكون جوابا عن دليل قول أبى يوسف الآخر فى هذه المسئلة لان دليله على ما ذكر فى المبسوط وفى شرح هذا الكتاب حتى العناية نفسها أن الطلب غير مقصود بعينه بل للاخذ وهو فى الحال لايتمكن من الاخذ على الوجه الذى يطلبه وهو الاخذ بعد حلول الاجل أو الاخذ فى الحال بثمن مؤجل فلا فائدة فى طلبه فى الحال فسكوته لانه لم ير فيه فائدة لا للاعراض عن الاخذ انتهى ولا يذهب على ذى مسكة أن منع عدم تمكنه من الاخذ فى الحال بناء على تمكنه منه بان يؤدى الثمن حالا لايجدى طائلا فى دفع ما ذكر فى دليله من أنه فى الحال لايتمكن من الاخذ على الوجه الذى يطلبه فان أداء الثمن حالا ليس على الوجه الذى يطلبه وليس بلازم له البتة وخلاف أبى يوسف فى قوله الآخر فيما اذا لم يختر الشفيع أخذها بثمن حال بل اختار الانتظار الى حلول الاجل فكيف يكون تمكنه من الاخذ فى الحال بان يؤدى الثمن حالا جوابا عن ذلك والحق أن يحمل قول المصنف وهو متمكن من الاخذ فى الحال الخ على تتميم دليل أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله بان يجعل دليلا بحسب المعنى على ثبوت حق الشفعة له بالبيع كما يدل عليه تقرير صاحب الكافى وكثير من الشراح أخذا من المبسوط حيث قالوا بعد ذكر وجه قول أبى يوسف الآخر وجه ظاهر الرواية أن حقه فى الشفعة قد ثبت بدليل أنه لو أخذ بثمن حال

عن الاخذ ووجه ظاهر الرواية ان حقه فى الشفعة قد يثبت بدليل أنه لو أخذه بثمن حال كان له ذلك والسكوت عن الطلب بعد ثبوت حقه مبطل شفعته (قوله وان اشترى ذمى بخمر أو خنزير) قوله ذمى احتراز عن المسلم فان شراء المسلم بما ذكر فاسد لاشفعة فيه وقوله بخمر أو خنزير احتراز عما اذا اشترى الذمى بميتة أودم فان الشراء بهما باطل لاشفعة فيه أو عن الشراء بما هو متقوم عند الكل فان الحكم لايختلف فيه بين المسلم والذمى (قوله وشفيعها ذمى) احترز به عن المرتد فان المرتد لاشفعة له سواء قتل فى ردته أومات

(فصل) قال (واذابنى المشترى فيها أوغرس ثم قضى للشفيع بالشفعة فهو بالخيار ان شاء أخذها بالثمن وقيمة البناء والغرس وان شاء كلف المشترى قلعه) وعن أبي يوسف انه لا يكلف القلع و يخير بين أن يأخذ بالثمن وقيمة البناء والغرس و بين أن يترك و به قال الشافعي الا أن عنده له أن يقلع و يعطى قيمة البناء لابى يوسف انه محق فى البناء لانه بناه على أن الدار ملكه والتكليف بالقلع من أحكام العدوان وصار كالموهوب له والمشترى شراء فاسدا وكما اذا زرع المشترى فانه لا يكلف القلع وهذا لان فى ايجاب الاخذ بالقيمة دفع أعلى الضررين

كان له ذلك والسكوت عن الطلب بعد ثبوت حقه مبطل شفعته انتهى تبصر

(فصل) مسائل هذا الفصل مبنية على تغير المشفوع اما بالزيادة أو بالنقصان بنفسه أو بفعل الغير فلما كان المتغير فرعا على غير المتغير كان جديرا بالتأخير فى فصل على حدة (قوله وهذا لان فى ايجاب الاخذ بالقيمة دفع أعلى الضررين بتحمل الادنى فيصار اليه) قال صاحب النهاية فى تفسير قول المصنف وهذا أى وهذا المدعى الذى قلنا وهو أن لا يكلف المشترى بقلع البناء انتهى و بذلك المعنى فسره سائر الشراح أيضا ولكن بعبارات شتى فقال صاحب العناية أى ما قلنا انه لا يكلف وقال صاحب الكفاية أى قول أبي يوسف انه لا يكلف المشترى قلع البناء وقال صاحب معراج الدراية أى القول بعدم ايجاب القلع و وجوب قيمة البناء والغرس وقال الشارح العينى أى ما قلنا من عدم ايجاب القلع و وجوب قيمة البناء والغرس (أقول) لقائل أن يقول قد تلخص من جملة ذلك أى المشار اليه بكلمة هذا فى قوله وهذا لان فى ايجاب الاخذ بالقيمة الخ أصل

أو لحق بدار الحرب ولا لورثته لان الشفعة لا تورث هذا اذا كان المرتد شفيعا وأما اذا كان المرتد بائعا وقتل أو مات او لحق بدار الحرب يبطل البيع ولم يكن فيه الشفعة فى قول أبي حنيفة رحمه الله بخلاف ما اذا اشترى المرتد دارا لان توقف العقد عنده لحق المرتد فاذا كان المرتد هو البائع فهذا فى معنى شرط الخيار للبائع فلا يجب فيه الشفعة واذا كان المرتد هو المشترى فهذا فى معنى شرط الخيار للمشترى فتجب الشفعة به للشفيع سواء نقض البيع أو تم وان أسلم البائع المرتد قبل ان يلحق بدار الحرب جاز بيعه وللشفيع فيها الشفعة لان البيع تم وخياره سقط باسلامه هذا التفصيل كله فى المرتد وأما الحربى المستأمن فى وجوب الشفعة له وعليه فى دار الاسلام سواء بمنزلة الذمى لانه من جملة المعاملات وهو قد التزم حكم المعاملات مدة مقامه فى دارنا فيكون بمنزلة الذمى فى ذلك فان اشترى المستأمن دارا ولحق بدار الحرب فالشفيع على شفعته متى لقيه لان لحاقه بدار الحرب كموته وموت المشترى لا يبطل شفعة الشفيع وان اشترى المسلم فى دار الحرب دارا وشفيعها مسلم بداره ثم أسلم أهل الدار فلا شفعة للشفيع لان حق الشفعة من أحكام الاسلام وحكم الاسلام لا يجرى فى دار الحرب ثم فى قوله وان اشترى ذمى أطلق ولم يتعرض ان المشترى دارا و بيعة أو كنيسة لان الشفعة تجرى فى الجميع والله أعلم بالصواب

(فصل) (قوله و يعطى قيمة البناء) أى يضمن أرش النقصان والبناء للمشترى فالحاصل ان عند أبي يوسف رحمه الله ان شاء أخذه بقيمة البناء والغرس قائمين على الارض غير مقلوعين وان شاء ترك وعند الشافعى رحمه الله له خيارات ثلاث اثنان ما قاله أبو يوسف رحمه الله والآخر ان له أن يقلع البناء و يضمن ارش النقصان والتفاوت بين قول الشافعى رحمه الله وقولهما فى الامر بالقلع ان عنده يضمن نقصان القلع وعندهما لا يضمن نقصانه وذكر فى التنبيه لاصحاب الشافعى رحمه الله أن للشفيع أن يقلع والمقلوع للمشترى و يضمن الشفيع ارش القلع (قوله وصار كالموهوب له) يعنى ان الموهوب له اذا بنى فى الارض الموهوبة ليس للواهب أن يقلع بناءه و يرجع فى الارض لانه بناه فى ملكه وكذلك المشترى شراء فاسدا عند أبي حنيفة رحمه الله وكما اذا زرع المشترى ثم جاء الشفيع فانه لا يأخذها بالشفعة حتى يدرك الزرع (قوله وهذا لان فى ايجاب الاخذ بالقيمة دفع أعلى الضررين) أى قول أبي يوسف رحمه الله انه لا يكلف المشترى قلع البناء

بتحمل

(فصل) الاصل فى المشفوع عدم التغير والتغير بالزيادة والنقصان بنفسه أو بفعل الغير عارض فكان جديرا بالتأخير فى فصل على حدة (واذا بنى المشترى فيها أوغرس ثم قضى للشفيع بالشفعة فهو بالخيار ان شاء أخذ الارض بالثمن الذى اشتراه به المشترى وقيمة البناء أو الغرس وان شاء كلف المشترى قلعه وعن أبي يوسف أنه لا يكلف القلع و يخير بين أن يأخذ بالثمن وقيمة البناء والغرس و بين أن يترك) وهو أحد قولى الشافعى وله قول آخر وهو له أن يقلع و يعطى قيمة البناء ولابى يوسف أنه محق فى البناء لانه بناه على أنه ملكه والمحق فى شئ لا يكلف قلعه لان التكليف بالقلع من أحكام العدوان واستوضح ذلك بالموهوب له فانه اذا بنى ليس للواهب أن يكلفه القلع و يرجع فى الارض و بالمشترى شراء فاسدا اذا بنى و بالمشترى اذا زرع فانه ليس له أن يكلفه قلع الزرع اتفاقا (وهذا) أى ما قلنا انه لا يكلف (لان فى ايجاب الاخذ بالقيمة دفع أعلى الضررين) ضرر المشترى

يقدر بقيمته بدل الدار فلا يحرم عليه تملكها

(فصل) واذا بنى المشترى (قوله فانه ليس له ان يكلف قلع الزرع) أقول يعنى ليس للشفيع أن يكلف الخ

بتحمل الادنى فيصار اليه و وجه ظاهر الرواية انه بنى فى محل تعلق به حق متأكد للغير من غير تسليط من جهة من له الحق فينقض كالراهن اذا بنى فى المرهون وهذا لان حقه أقوى من حق المشترى لانه يتقدم عليه ولهذا ينقض بيعه وهبته وغيره من تصرفاته بخلاف الهبة والشراء الفاسد عند أبى حنيفة لانه حصل بتسليط من جهة من له الحق ولان حق الاسترداد فيهما ضعيف

مدعى أبى يوسف فيلزم أن يكون قوله لان فى ايجاب الاخذ بالقيمة الخ دليلا عليه فينبغى أن يقول ولان فى ايجاب الاخذ بالقيمة الخ على ماهو الطريقة المعهودة عند تعدد الادلة والجواب أن من عادة المصنف فى كتابه هذا أنه اذا أراد أن يبين لمية مسئلة بعد بيان انيتها سلك هذا المسلك ايماء الى أن مفاد الدليلين مختلف من حيث الانية واللمية وان كان أصل المدعى واحدا وكانهما صارا دليلين على شيئين مختلفين فليكن هذا على ذكر منك فانه ينفعك فى موارده اوقد كنت نبهت عليه من قبل أيضا فلا تغفل (قوله وهذا لان حقه أقوى من حق المشترى لانه يتقدم عليه) أقول هنا كلام وهو أن المصنف قال قبل باب طلب الشفعة فى تعليل قوله وتملك بالاخذ اذا سلمها المشترى أو حكم بها حاكم لان الملك للمشترى قد تم فلا ينتقل الى الشفيع الا بالتراضى أو بقضاء القاضى و بين ذلك وما قال هنا تدافع فان المتفهم فيما ذكره هنالك تقدم المشترى على الشفيع حيث يثبت الملك أولا للمشترى ثم يثبت منه الى الشفيع بالتراضى أو بقضاء القاضى وماذكره هنا صريح فى تقدم الشفيع على المشترى فما التوفيق والجواب أن المراد بما ذكره ههنا تقدم الشفيع على المشترى فى الاستحقاق و بما ذكره هنالك تقدم المشترى على الشفيع فى الملك والتملك مغاير للاستحقاق ومؤخر عنه اذ قد تقرر فيما قبل باب طلب الشفعة أن للشفعة أحوالا ثلاثة الاستحقاق والاستقرار والتملك وان الاول يثبت باتصال الملك لشرط البيع والثانى بالاشهاد والثالث بالاخذ بالتراضى أو بقضاء القاضى فلا تدافع بين الكلامين فى المقامين اذ كون الشفيع أقدم فى الاستحقاق لا ينافى كون المشترى أقدم فى التملك كما لا يخفى (قوله بخلاف الهبة و بخلاف الشراء الفاسد عند أبى حنيفة) وقال جماعة من الشراح ان قول المصنف بخلاف الهبة متصل بقوله من غير تسليط من جهة من له الحق فان فيهما تسليطا من جهته (أقول) فيه بحث لان المصنف علل الخلاف المذكور بوجهين أحدهما قوله لانه حصل بتسليط من جهة من له الحق وثانيهما قوله ولان حق الاسترداد فيهما ضعيف فلو كان قوله بخلاف الهبة متصلا بما ذكره هؤلاء الشراح لما صح تعليل الخلاف المذكور بالوجه الثانى لانه ان كانت علة كون حق الاسترداد فيهما ضعيفا كون التسليط فيهما من جهة من له الحق كان راجعا الى الوجه الاول فلا معنى لجعله وجها آخر معطوفا على الاول وان لم تكن علة ذلك كون التسليط فيهما من جهة من له الحق فلا يصلح أن يكون تعليلا للخلاف المتصل بقوله من غير تسليط من جهة من له الحق فالحق عندى أن قوله بخلاف الهبة الخ متصل بمجموع ماذكر من وجه ظاهر الرواية فالمعنى أن مضمون هذا الوجه ملابس بخلاف الهبة و بخلاف الشراء الفاسد فحينئذ يكون التعليل بقوله لانه حصل بتسليط من جهة من له الحق ناظرا الى قوله فى وجه ظاهر الرواية من غير تسليط من جهة من له الحق و يكون التعليل بقوله ولان حق الاسترداد فيهما ضعيف ناظرا الى قوله فيه لان حقه أقوى من حق المشترى فيتم التعليلان معا بلا غبار وقال جمهور الشراح انما قيد بقوله عند أبى حنيفة رحمه الله لان عدم جواز الاسترداد للبائع فى الشراء الفاسد اذا بنى المشترى فيما اشتراه انما هو على قول أبى حنيفة وأما عندهما فله الاسترداد بعد البناء كالشفيع فى ظاهر الرواية انتهى (أقول) لقائل أن يقول اذا جاز عندهما الاسترداد بعد البناء فى الشراء الفاسد أيضا فكيف يتم قياس أبى يوسف فى دليله المذكور فى مسئلتنا هذه بقوله وصار

لان فى ايجاب الاخذ بالقيمة دفع أعلى الضررين بيانه انه اجتمع ههنا ضرران لانه فى تكليف المشترى القلع ضرر لا جابر له ولو أوجبنا قيمة البناء والغرس على الشفيع عند اختياره الاخذ يلزمه ضرر زيادة الثمن الا أن له جابرا لانه يدخل فى مقابلته فى ملكه عوض وهو البناء والضرر ببدل أهون من الضرر بغير بدل فيصار اليه (قوله من غير تسليط من جهة من له الحق) احترازعن الهبة والشراء الفاسد (قوله وغيره من

وهو القلع من غير عوض يقابله (بتحمل الادنى) وهو زيادة الثمن على الشفيع بقيمة البناء لوجوب ما يقابلها وهو البناء والغرس فيجب المصير اليه (وجه ظاهر الرواية أن المشترى بنى فى محل تعلق به حق مؤكد للغير) بحيث لا يقدر على اسقاطه جبرا (من غير تسليط من جهة من له الحق) وكل من بنى فى ذلك نقض بناؤه كالراهن اذا بنى فى المرهون وقوله من غير تسليط من جهة من له الحق احتراز عن الموهوب له والمشترى بالشراء الفاسد فان بناءهما حصل بتسليط الواهب والبائع (وهذا) أى نقض البناء لحق الشفيع (لان حقه أقوى من حق المشترى) ويجوز أن يكون هذا بيانا لكون حق الشفيع متأكدا (لانه) أى الشفيع (يتقدم عليه) أى على المشترى ولهذا ينقض بيعه وهبته وغيره من تصرفاته كاجارته وجعله مسجدا أومقبرة وكذا تنقض من تصرفاته غرسا وبناء وقوله (بخلاف الهبة) متصل بقوله من غير تسليط من جهته فلا ينقض و بخلاف الشراء الفاسد معطوف عليه وانما قيد بقوله عند أبى حنيفة لان عدم استرداد البائع فى الشراء الفاسد اذا بنى المشترى فى المشترى انما هو قوله وأما عندهما فله الاسترداد بعد البناء كالشفيع فى ظاهر الرواية

(قوله ولان حق الاسترداد) معطوف على قوله لانه حصل (قوله فيهما) أى فى الهبة والبيع الفاسد (ضعيف)

ولهذا لا يبقى بعد البناء وهذا الحق يبقى فلا معنى لايجاب القيمة كما في الاستحقاق والزرع يقلع قياسا وانما لا يقلع

كالموهوب له والمشترى شراء فاسدا فان جواز الاسترداد في الشراء الفاسد ينافي قياس المشترى في مسئلتنا هذه على المشترى شراء فاسدا في أنه لا يكلف القلع كما هو مذهب أبي يوسف هنا فان قلت يجوز أن يكون مراده بقوله والمشترى شراء فاسدا في دليله المذكور مجرد الاحتجاج على أبي حنيفة بمذهبه في الشراء الفاسد كما أفصح عنه صاحب غاية البيان حيث قال في شرح قوله والمشترى شراء فاسدا هذا احتجاج من أبي يوسف على أبي حنيفة بمذهب أبي حنيفة قلت ذلك بعيد عن عبارة الكتاب جدا لان قياسه المزبور لم يذكر بصدد الجواب عما قاله صاحباه بل ذكر بصدد اثبات مدعاه فكيف يصلح أن يكون لمجرد الاحتجاج على الخصم سيما على أبي حنيفة فقط من مذهبه في الشراء الفاسد * ثم أقول الاوجه في التوجيه أن يقال ان لابي يوسف في البناء بعد الشراء الفاسد قولين أحدهما ان للبائع حق استرداد المبيع بعد ذلك وقد ذكره المصنف في فصل أحكام البيع الفاسد من كتاب البيوع وثانيهما أنه ليس للبائع ذلك كما قاله أبو حنيفة وقد نقله صاحب العناية هناك عن الايضاح حيث قال وذكر في الايضاح ان قول أبي يوسف هذا هو قوله الاول وقوله آخرا مع أبي حنيفة اه وكذا لابي يوسف في مسئلتنا هذه قولان أحدهما ما ذكره المصنف بقوله وعن أبي يوسف أنه لا يكلف القلع الخ هذا ما رواه الحسن بن زياد وثانيهما مثل ما قاله أبو حنيفة ومحمد وزفر وهو الذي ذكر في الكتاب بان قال هو بالخيار ان شاء أخذها بالثمن وقيمة البناء والغرس وان شاء كلف المشترى قلعه وهذا رواية محمد عن أبي يوسف ورواية ابن سماعة وبشر بن الوليد وعلى بن الجعد والحسن بن أبي مالك عنه صرح بذلك كله أبو الحسن الكرخي في مختصره وذكر في غاية البيان واذ قد كان الامر كذلك فيجوز أن يكون قياس أبي يوسف بقوله والمشترى شراء فاسدا في الاستدلال على أحد قوليه في هذه المسئلة مبنيا على قوله الآخر من قوليه في مسئلة البناء بعد الشراء الفاسد وهو أن لا يكون للبائع حق الاسترداد كما هو قول أبي حنيفة فيهما ويكون تقييد المصنف قوله وبخلاف الشراء الفاسد بقوله عند أبي حنيفة احترازا عن قول محمد وعن أحد قولي أبي يوسف فيهما وهو قوله الاول كما عرفت فتدبر (قوله ولهذا لا يبقى بعد البناء وهذا الحق يبقى) قال صاحب غاية البيان هذا ايضاح لضعف حق الاسترداد في الهبة والشراء الفاسد ولكن فيه نظر لان الاسترداد بعد البناء في الشراء الفاسد انما لا يبقى على مذهب أبي حنيفة لا على مذهب أبي يوسف فكيف يحتج بمذهب أبي حنيفة على صحة مذهبه ولابي يوسف أن يقول هذا مذهبك لا مذهبي وعندي حق الاسترداد بعد البناء باق في الشراء الفاسد اه (أقول) نظره ساقط جدا لان هذا الايضاح من متفرعات قوله بخلاف الهبة وبخلاف الشراء الفاسد وقوله ذلك جواب عن قياس أبي يوسف على الموهوب له والمشترى شراء فاسدا كما صرح به ذلك الناظر وغيره وقياسه على المشترى شراء فاسدا انما يتم على القول بعدم بقاء حق الاسترداد للبائع بعد أن بنى المشترى شراء فاسدا فان كان مراده بقياسه المذكور اثبات مدعاه كما هو الظاهر من عبارة الكتاب على ما نبهنا عليه من قبل كان قياسه المذكور مبنيا على قوله الآخر في مسئلة الاسترداد وهو كقول أبي حنيفة فليس له أن يقول هذا مذهبك لا مذهبي وان كان مراده بقياسه المذكور مجرد الاحتجاج على أبي حنيفة بمذهب أبي حنيفة كما ذهب اليه ذلك الناظر في شرح ذلك المقام فلا شك في اندفاع الاحتجاج عليه بما ذكره من الفرق والايضاح على مذهبه فلا معنى لقول ذلك الناظر فكيف يحتج بمذهب أبي حنيفة على صحة مذهبه وأجاب صاحب العناية عن النظر المزبور بوجهين آخرين حيث قال قيل فيه نظر لان الاسترداد بعد البناء في البيع الفاسد انما لا يبقى على مذهب أبي حنيفة فالاستدلال به لا يصح والجواب أنه يكون على غير ظاهر الرواية أو لانه لما كان ثابتا بدليل ظاهر لم يعتبر بخلافهما اه كلامه (أقول) في كل من وجهي الجواب نظر أما في الاول فلان المصنف بصدد بيان وجه ظاهر الرواية كما ترى فلا مجال لحمل كلامه المذكور في ذلك الصدد على غير ظاهر الرواية وأما في الثاني فلان الظاهر

(ولهذا لا يبقى بعد البناء وهذا الحق) أى حق الشفعة (يبقى) ولا يلزم من عدم تكليف القلع لحق ضعيف عدمه لحق قوى قيل فيه نظر لان الاسترداد بعد البناء في البيع الفاسد انما لا يبقى على مذهب أبي حنيفة فالاستدلال به لا يصح والجواب أنه يكون على غير ظاهر الرواية أو لانه لما كان ثابتا بدليل ظاهر لم يعتبر بخلافهما وقوله (فلا معنى لايجاب القيمة) راجع الى أول الكلام يعنى اذا ثبت التكليف بالقلع فلا معنى لايجاب القيمة على الشفيع لان الشفيع بمنزلة المستحق والمشترى اذا بنى أو غرس ثم استحق رجع المشترى بالثمن بقيمة البناء والغرس على البائع دون المستحق فكذلك ههنا وقوله (والزرع يقلع) جواب عن قوله وكما اذا زرع المشترى ولم يجب عن قوله لان في ايجاب الاخذ بالقيمة دفع أعلى الضررين

(قوله قيل فيه نظر) أقول القائل هو الاتقاني

تصرفاته) كما اذا جعل المشترى الارض مسجدا أو مقبرة

لان قوله وهذا لان حقه أقوى من حق المشترى تضمن ذلك لان الترجيح بدفع اعلى الضررين بالاهون انما يكون بعد المساواة فى أصل الحق ولا مساواة لان حق الشفيع مقدم وطولب بالفرق بين بناء المشترى فى الدار المشفوعة وصبغها باشياء كثيرة فان الشفيع بالخيار بين أن ياخذها ويعطى مازاد فيها بالصبغ وبين أن يتركها وأجيب بانه أيضا على الاختلاف ولو كان بالاتفاق فالفرق أن

استحسانا لان له نهاية معلومة ويبقى بالاجر وليس فيه كثير ضرر وان أخذه بالقيمة يعتبر قيمته مقلوعا كما بيناه فى الغصب (ولو أخذها الشفيع فبنى فيها أو غرس ثم استحقت رجع بالثمن) لانه تبين انه أخذه بغير حق ولا يرجع بقيمة البناء والغرس لا على البائع ان أخذها منه ولا على المشترى ان أخذها منه وعن أبى يوسف أنه يرجع لانه متملك عليه فنزلا منزلة البائع والمشترى والفرق على ماهو المشهور ان المشترى مغرور من جهة البائع ومسلط عليه من جهته ولا غرور ولا تسليط فى حق الشفيع من المشترى لانه مجبور عليه قال (واذا انهدمت الدار أو احترق بناؤها أو جف شجر البستان بغير فعل أحد فالشفيع بالخيار ان شاء أخذها بجميع الثمن) لان البناء والغرس تابع حتى دخل فى البيع من غير ذكر فلا يقابلهما شئ من الثمن مالم يصر مقصودا ولهذا جاز بيعه مرابحة بكل الثمن فى هذه الصورة بخلاف ما اذا غرق نصف الارض حيث يأخذ الباقى بحصته لان الفائت بعض الاصل قال (وان شاء ترك) لان له أن يمتنع عن تملك الدار بماله قال (وان نقض

أن الدليل الظاهر الذى كان عدم بقاء حق الاسترداد بعد البناء فى الشراء الفاسد ثابتا به انما هو حصول ذلك الشراء بتسليط من جهة من له الحق وهو البائع كما فى البيع الصحيح فانه المذكور دليلا على ذلك فى موضعه دون غيره وقد جعله المصنف ههنا دليلا أول فكيف يبتنى عليه تمام الدليل الثانى الذى كلامنا فيه تبصر تفهم (قوله والفرق على ماهو المشهور أن المشترى مغرور من جهة البائع ومسلط عليه ولا تسليط ولا غرور فى حق الشفيع من المشترى لانه مجبور عليه) أقول كان الاولى أن يقال ولا غرور ولا تسليط فى حق الشفيع لا من البائع ولا من المشترى ليعم ما أخذه من البائع وما أخذه من المشترى ويطابق قوله فيما قبل ولا يرجع بقيمة البناء والغرس لا على البائع ان أخذه منه ولا على المشترى ان أخذه منه وعن هذا قال فى الكافى ولا غرور فى حق الشفيع لانه تملك عن صاحب اليد جبرا غير اختيار منه وقال فى النهاية نقلا عن المبسوط ولا غرور فى حق الشفيع لا من جانب البائع ولا من جانب المشترى لانه تملك عن صاحب اليد جبرا من غير اختيار فلا يرجع اهـ ورد صاحب الاصلاح والايضاح التعليل بالاخذ جبرا حيث قال انما لا يرجع بقيمة البناء والغرس على أحد لا لانه أخذ جبرا لانه لا يتمشى فيما أخذ بالتراضى بل لانه ليس بمغرور والمشترى انما يرجع على البائع لانه مغرور من جهته

(قوله وان أخذه بالقيمة يعتبر قيمته مقلوعا كما بيناه فى الغصب) أى ان أخذه الشفيع بالقيمة يعتبر قيمته مستحق القلع كما ذكر فى الغصب (قوله وعن أبى يوسف رحمه الله انه يرجع لانه متملك عليه) أى لان الشفيع متملك على من أخذ منه فينزل الشفيع ومن أخذ منه منزلة البائع والمشترى اذا بنى واستحقت فانه يرجع بقيمة البناء على البائع ووجه المشهور ان حق الرجوع بقيمة البناء انما يثبت لرفع الغرور والبائع التزم السلامة للمشترى عن الاستحقاق فصار المشترى مغرورا من جهة البائع ولا غرور فى حق الشفيع لانه تملك صاحب اليد جبرا بغير اختيار منه فلا يرجع (قوله لان البناء والغرس تابع) وهذا لان قيام البناء بالارض كقيام الوصف بالموصوف فكان بمنزلة العين فى الجارية والعين وصف وفوات الوصف لا يسقط شيأ من الثمن اذا كان بآفة سماوية لان الثمن بمقابلة الاصل دون الوصف فان قيل الطرف انما جعل وصفا من العبد ونحوه لانه لا يجوز ايراد العقد عليه مقصودا أما ههنا ايراد العقد على البناء مقصودا جائز فيجب أن يعتبر أصلا كالعرصة ويجب بمقابلته شئ من الثمن قلنا انما يجوز ايراد العقد على البناء بشرط القلع وعند ذلك يصير أصلا أما ايراد العقد عليه وهو تبع لا يجوز بمنزلة العين من العبد

النقص لا يتضرر به المشترى كثير السلامة النقص له بخلاف الصبغ وقوله (واذا أخذه بالقيمة) معطوف على مقدر دل عليه التخيير وتقريره الشفيع بالخيار ان شاء كلف القلع وان شاء أخذه بالقيمة فان كلفه فذاك وان أخذه بالقيمة يعتبر قيمته مقلوعا كما بيناه فى الغصب (ولو أخذها الشفيع فبنى فيها أو غرس فاستحقت الارض رجع بالثمن) لا غير أخذه من البائع أو المشترى (لانه تبين أن أخذه كان بغير حق) وعن أبى يوسف أنه يرجع بقيمة البناء والغرس أيضا لانه متملك عن المشترى فنزلا منزلة البائع والمشترى ثم المشترى فى صورة الاستحقاق يرجع على البائع بالثمن وقيمة البناء فكذلك الشفيع (والفرق على المشهور) من الرواية ماذكره (أن المشترى مغرور) ومسلط على البناء والغرس (من جهة البائع) ولا تسليط فى حق الشفيع من المشترى لانه مجبور عليه قال (واذا انهدمت الدار الخ) كلامه ظاهر والتامل فيه يرشد الى أن فى قول من قال انهم يعنى أئمتنا زعموا أن البناء اذا احترق لم يسقط شئ من الثمن عن الشفيع واذا غرق بعض الارض سقط حصته من الثمن فكأنهم اعتبروا فعل الماء دون النار تعسفا لقلة التامل فان منشاء الغرق ليس فعل الماء وانما منشؤه ان البناء وصف والاوصاف لا يقابلها شئ من الثمن اذا فات من غير صنع أحد وأما بعض الارض فليس بوصف لبعض آخر فلا بد من اسقاط حصة ماغرق من الثمن (وان نقض

(قوله تعسفا لقلة التامل) أقول قوله تعسفا اسم أن فى قوله و بالتامل فيه يرشدك الى أن فى قول من قال الخ

المشترى البناء قبل الشفيع ان شئت فخذ العرصة بحصتها وان شئت فدع) لانه صار مقصودا بالاتلاف فيقابله شئ من الثمن بخلاف الاول لان الهلاك بآفة سماوية (وليس للشفيع أن يأخذ النقض) لانه صار مفصولا فلم يبق تبعا قال (ومن ابتاع أرضا وعلى نخلها ثمر أخذها الشفيع بثمرها) ومعناها اذا ذكر الثمر فى البيع لانه لايدخل من غير ذكر وهذا الذى ذكره استحسان وفى القياس لا يأخذه لانه ليس بتبع ألا يرى انه لايدخل فى البيع من غير ذكر فاشبه المتاع فى الدار وجه الاستحسان انه باعتبار الاتصال صار تبعا للعقار كالبناء فى الدار وما كان مركبا فيه فيأخذه الشفيع قال (وكذلك ان ابتاعها وليس فى النخيل ثمر فأثمر فى يد المشترى) يعنى يأخذه الشفيع لانه مبيع تبعا لان البيع سرى اليه على ماعرف فى ولد المبيع قال (فان جده المشترى ثم جاء الشفيع لايأخذ الثمر فى الفصلين جميعا) لانه لم يبق تبعا للعقار وقت الاخذ حيث صار مفصولا عنه فلا يأخذه قال فى الكتاب (وان جده المشترى سقط عن الشفيع حصته) قال رضى الله عنه (وهذا جواب الفصل الاول) لانه دخل فى البيع مقصودا فيقابله شئ من الثمن (أما فى الفصل الثانى يأخذ ماسوى الثمر بجميع الثمن) لان الثمر لم يكن موجودا عند العقد فلا يكون مبيعا الا تبعا فلا يقابله شئ من الثمن والله أعلم

(باب ماتجب فيه الشفعة ومالا تجب)

(أقول) ليس ذلك بشئ لان قيد الجبر مأخوذ فى تعريف الشفعة على ماذكر فى عامة الكتب حتى ان ذلك الراد نفسه أيضا أخذ ذلك القيد فى تعريفها حيث قال فى متنه الشفعة تملك مبيع عقار جبرا بمثل ثمنه وفسر فى شرحه قيد جبرا بنفى صورة الاخذ بالتراضى أيضا حيث قال يعنى لا يعتبر اختياره لأنه يعتبر عدم اختياره ولا يخفى أن توجيه هناك هو التوجيه ههنا لايخل بالفرق بين المشترى مع البائع و بين الشفيع مع خصمه لتمام ذلك الفرق باعتبار الاختيار فى الاول وعدم اعتباره فى الثانى ولا يتوقف على اعتبار الاختيار فى الاول واعتبار عدمه فى الثانى تأمل تقف بقى شئ فى كلام صاحب الاصلاح والايضاح وهو أنه نفى كون مدار الفرق الجبر والاختيار وحكم بان مداره الغرور وعدم الغرور فلقائل أن يقول ان كان سبب الغرور فى المشترى وعدم الغرور فى الشفيع كون البائع مختارا وخصم الشفيع مجبورا كما هو الظاهر من تقرير المصنف يلزم المصير الى مانفاه وان كان سببه ماغير ذلك فهو غير واضح سيما بين الشفيع الآخذ برضا خصمه و بين المشترى من البائع و يمكن الجواب بان يقال سبب غرور المشترى التزام البائع له سلامة المبيع كما يشير اليه تقرير صاحب النهاية حيث قال ان المشترى مغرور من جهة البائع فيرجع عليه بالثمن وقيمة البناء لدفع الغرور وذلك لان البائع التزم للمشترى السلامة اه والظاهر أن خصم الشفيع وان رضى باخذه لكن لم يلتزم له السلامة فافترقا والله الموفق للصواب واليه المرجع والمآب

(باب ماتجب فيه الشفعة ومالا تجب)

ذكر تفصيل ماتجب فيه الشفعة ومالا تجب بعد ذكر نفس الوجوب مجملا لان التفصيل بعد الاجمال كذا فى

(قوله ان شئت فخذ العرصة بحصتها) يقسم الثمن على قيمة الارض وقيمة البناء يوم وقع الشراء فيأخذ الارض بحصتها من الثمن (قوله وما كان مركبا فيه) كالابواب والمفاتيح والاغلاق والسلم المركبة (قوله على ماعرف فى ولد المبيعة) الجارية المبيعة اذا ولدت ولدا قبل قبض المشترى يسرى حكم البيع الى الولد حتى يكون الولد أيضا ملك المشترى كامه (قوله فاثمر فى يد المشترى) قيد بقوله فى يد المشترى لانه اذا أثمر فى يد البائع قبل القبض ثم قبضه المشترى له حصة من الثمن كما اذا كان موجودا فى وقت الشراء (قوله فى الفصلين جميعا) أى فى فصل ما اذا كان فى النخيل ثمر حين وقع الشراء ثم جده المشترى وفى فصل ما اذا لم يكن فى النخيل ثمر و وقع الشراء على الارض والنخيل فاثمر فى يد المشترى ثم جده المشترى لا يأخذ الشفيع الثمر فى الفصلين (قوله وهذا جواب الفصل الاول) وهو ما اذا ابتاع أرضا وعلى نخلها ثمر والله أعلم بالصواب

(باب ماتجب فيه الشفعة ومالا تجب فيه)

المشترى البناء) فالشفيع ان شاء أخذ العرصة بحصتها من الثمن وان شاء ترك لان البناء صار مقصودا بالاتلاف و يقابله شئ من الثمن وقد مر فى البيوع (وليس للشفيع أن يأخذ النقض لانه صار مفصولا فلم يبق تبعا) فبقى منقولا ولا شفعة فيه وقوله (ومن ابتاع أرضا) ظاهر وقوله (وما كان مركبا فيه) يعنى مثل الابواب والسرر المركبة وقوله (على ماعرف فى ولد المبيعة) يعنى أن الجارية المبيعة اذا ولدت ولدا قبل قبض المشترى يسرى حكم البيع الى الولد حتى يكون الولد ملك المشترى كالام وقوله (فى الفصلين) يريد به ما اذا كان فى النخل ثمر وقت الشراء ثم جده المشترى وما اذا لم يكن ثم ثمر ثم جاء الشفيع لاتحاد العلة وهو عدم الاتصال لان التبعية كانت به وقد زالت وقوله (فى الكتاب) يعنى مختصر القدورى والله أعلم

(باب ماتجب فيه الشفعة وما لاتجب)

(باب ماتجب فيه الشفعة ومالا تجب)

قال (الشفعة واجبة في العقار وان كان مما لا يقسم) وقال الشافعي لا شفعة فيما لا يقسم لان الشفعة انما وجبت دفعا لمؤنة القسمة وهذا لا يتحقق فيما لا يقسم ولنا قوله عليه الصلاة والسلام الشفعة في كل شيء عقارا أو ربع الى غير ذلك من العمومات ولان الشفعة سببها الاتصال في الملك والحكمة دفع ضرر سوء الجوار على ما مر وانه ينتظم القسمين ما يقسم وما لا يقسم وهو الحمام والرحى والبئر والطريق قال (ولا شفعة في العروض والسفن) لقوله عليه الصلاة والسلام لا شفعة الا في ربع أو حائط وهو حجة على مالك في ايجابها في السفن ولان الشفعة انما وجبت لدفع ضرر سوء الجوار على الدوام والملك في المنقول لا يدوم حسب دوامه في العقار فلا يلحق به وفي بعض نسخ المختصر ولا شفعة في البناء والنخل اذا بيعت دون العرصة وهو صحيح مذكور في الاصل لانه لا قرار له فكان نقليا وهذا بخلاف العلو حيث يستحق بالشفعة و يستحق به الشفعة في السفل

الشروح (قوله الشفعة واجبة في العقار) قال جمهور الشراح العقار كل ماله أصل من دار أو ضيعة (أقول) تفسيرهم العقار بهذا الوجه مما يأباه ظاهر الحديث الآتي ذكره في تعليل هذه المسئلة وهو قوله عليه الصلاة والسلام الشفعة في كل شيء عقارا أو ربع لان الربع هو الدار بعينها كما صرح به في كتب اللغة ونص عليه الشراح ههنا وقد عطف ذلك في الحديث المذكور على العقار والعطف يقتضي المغايرة بين المعطوفين فكيف يتيسر ادراج الدار في معنى العقار اللهم الا أن يجعل ما في الحديث من قبيل عطف الخاص على العام كما في قوله تعالى حافظوا على الصلوات والصلاة الوسطى لكن النكتة فيه غير واضحة على ان عطف الخاص على العام بكلمة أو مما لم يسمع قط * ثم أقول قال الامام المطرزي في المغرب والعقار الضيعة وقيل كل ماله أصل من دار أو ضيعة اه فلعل ما وقع في الحديث المذكور وارد على أول التفسيرين المذكورين في المغرب للعقار وهو التفسير المختار عند صاحب المغرب كما يشعر به تحريره وما ذكره جمهور الشراح ههنا طابق للتفسير الثاني منهما فكأنهم اختاروه ههنا لكونه المناسب للمقام من الشفعة كما تثبت في الضيعة تثبت في الدار ونحوها أيضا على ما صرحوا به * ثم اعلم انه قال الجوهري في الصحاح في فصل العين من باب الراء والعقار بالفتح الارض والضياع والنخل ومنه قولهم ماله دار ولا عقار اه وقال في فصل الضاد من باب العين من الصحاح والضيعة العقار والجمع ضياع اه (أقول) في كلامه اختلال لانه فسر العقار أولا بما يشمل الاقسام الثلاثة وهي الارض والضياع والنخل ثم فسر الضيعة التي هي مفرد الضياع بالعقار فلزم تفسير الاخص بالاعم كما ترى (قوله ولا شفعة في العروض والسفن لقوله عليه الصلاة والسلام لا شفعة الا في ربع أو حائط) أقول فيه شيء وهو أن الظاهر أن وجه الاستدلال بهذا الحديث هو أنه عليه الصلاة والسلام حصر ثبوت الشفعة في الربع والحائط فدل ذلك على انتفاء حق الشفعة في غيرهما ومن غيرهما العروض والسفن فيرد عليه ان مقتضى ذلك الحصر أن لا تثبت الشفعة في عقار غير ربع وحائط أيضا كضيعة خالية مثلا وليس كذلك قطعا فكيف يتم التمسك به فان قلت يمكن أن يحمل القصر المستفاد من الحديث المذكور على القصر الاضافي دون الحقيقي بان يكون المراد به قصر ثبوتها على ربع وحائط بالاضافة للعروض والسفن لا قصره عليهما بالنسبة الى جميع ما عداهما فلا يرد المحذور المزبور قلت من أين تفهم ان اضافة ذلك القصر الى العروض والسفن لا الى العروض فقط دون السفن ولا

(قوله الشفعة واجبة في العقار) وهو كل ماله أصل من دار أو ضيعة والربع الدار حيث كانت في المصر أو القرى (قوله وما لا يقسم هو الحمام والرحى والبئر والطريق) أي لا يحتمل القسمة أي لو قسم قسمة حسية لا ينتفع بها كالحمام والرحى أي بيت الرحى مع الرحى وقال الشافعي رحمه الله لا شفعة فيما لا يقسم والخلاف بيننا وبينه راجع الى أصل وهو ان من أصل الشافعي رحمه الله ان الاخذ بالشفعة لدفع ضرر مؤنة القسمة وذلك لا يتحقق فيما لا يحتمل القسمة وعندنا لدفع ضرر التاذي بسوء المجاورة على الدوام وذلك فيما لا يحتمل القسمة موجود لاتصال أحد الملكين بالآخر على وجه التابيد والقرار (قوله الا في ربع أو حائط) في المغرب الحائط البستان وأصله ما أحاط به (قوله بخلاف العلو حيث يستحق بالشفعة) يتعلق بقوله ولا شفعة

ذكر تفصيل ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب بعد ذكر الوجوب مجملا لان التفصيل بعد الاجمال قال (الشفعة واجبة في العقار الخ) الشفعة واجبة أي ثابتة في العقار وهو ماله أصل من دار أو ضيعة (وان كان مما لا يقسم) أي لا يحتمل القسمة كالحمام والرحى وانما يؤخذ بالشفعة ما كان متصلا بطريق الشفعة فلا تؤخذ القصاع مع الحمام لانها غير متصلة والمراد بالرحى بيت الرحى والربع الدار والحائط البستان وأصله ما أحاط به والحسب بسكون السين وفتحها في معنى القدر واختار الجوهري الفتح وقال انما تسكن في ضرورة الشعر وقوله (اذا لم يكن طريق العلو فيه) لبيان أن استحقاق الشفعة للعلو بسبب الجوار لا بسبب الشركة وليس لنفي الشفعة اذا كان له طريق في السفل بل اذا كان له ذلك كان استحقاقها بالشركة في الطريق لا بالجوار فيكون مقدما على الجار

(والمسلم والذمى فيها سواء) وقال ابن أبي ليلى الشفعة حق شرعى فلا يستحقها من ينكر الشرع وهو الكافر ولنا العمومات من غير فصل والاستواء فى السبب والحكمة وهى دفع ضرر سوء الجوار وذلك يقتضى الاستواء فى الاستحقاق (ولهذا قلنا يستوى فيه الذكر والانثى والصغير والكبير) وقال لاشفعة للصغير لانه لا يتضرر بسوء المجاورة قلنا ان لم يتضرر فى الحال يتضرر فى المآل (ويستوى الباغى والعادل والحر والعبد اذا كان ماذونا أومكاتبا) فان كان البائع غير المولى فللعبد المأذون الشفعة مديونا كان أولا وان كان هو المولى فان كان عليه دين فله ذلك والا فلا وهذا لان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء وشراء العبد المأذون المديون من المولى جائز دون غيره قال (واذا ملك العقار بعوض هو مال الخ) قد تقدم ان الشفعة انما تجب فى العقار ومن شرطها أن تملك بما هو مال (لانه أمكن مراعاة شرط الشرع فيه وهو التملك بمثل ما ملك المشترى صورة فى ذوات الامثال أوقيمة فى ذوات القيم على مامر فى فصل ما يؤخذ به المشفوع واجبة وهى انما تمكن اذا كان العوض مالا فان الشرع قدم الشفيع على المشترى فى اثبات حق الاخذ له بذلك السبب لا بانشاء سبب آخر ولهذا لا يجب فى الموهوب لانه لو أخذه أخذه بعوض وكان سببا غير السبب الذى ملك به المتملك وعلى هذا

على

اذا لم يكن طريق العلو فيه لانه بماله من حق القرار التحق بالعقار قال (والمسلم والذمى فى الشفعة سواء) للعمومات ولانهما يستويان فى السبب والحكمة فيستويان فى الاستحقاق ولهذا يستوى فيه الذكر والانثى والصغير والكبير والباغى والعادل والحر والعبد اذا كان ماذونا أومكاتبا قال (واذا ملك العقار بعوض هو مال وجبت فيه الشفعة) لانه أمكن مراعاة شرط الشرع فيه وهو التملك بمثل ما تملك به المشترى صورة أو قيمة

الى مابعم شيأ مما سوى العروض والسفن وما القرينة على ذلك حتى يتم الاستدلال بالحديث المذكور ويصير حجة على مالك فى ايجابها فى السفن كما ذكره المصنف فتأمل (قوله واذا ملك العقار بعوض هو مال وجبت فيه الشفعة لانه أمكن مراعاة شرط الشرع فيه وهو التملك بمثل ما تملك به المشترى صورة أو قيمة على مامر) قال صاحب العناية فى شرح هذا المقام قد تقدم أن الشفعة انما تجب فى العقار ومن شرطها أن تملك بعوض هو مال لان مراعاة شرط الشرع وهو التملك بمثل ما ملك المشترى صورة فى ذوات الامثال أو قيمة فى ذوات القيم على مامر فى فصل ما يؤخذ به المشفوع واجبة وهى انما تمكن اذا كان العوض مالا فان الشرع قدم الشفيع على المشترى فى اثبات حق الاخذ له بذلك السبب لا بانشاء سبب آخر ولهذا لا تجب فى الموهوب لانه لو أخذه أخذه بعوض فكان سببا غير السبب الذى تملك به المتملك اهـ (أقول) لقائل أن يقول لم لا يجوز أن يأخذه بلا عوض بالسبب الذى تملك به المتملك وهو الوصية بلا عوض لا يقال لا يتصور الهبة بدون رضا الواهب والمتملك لا يرضى بخروج الموهوب من يده بلا عوض فلا يملك الشفيع أخذه بلا عوض لانا نقول مدار الشفعة على عدم اعتبار رضا المتملك وعن هذا قالوا ان حق الشفعة معدول عن سنن القياس لما فيه من تملك المال على الغير بغير رضاه كما مر فى صدر كتاب الشفعة فلا تأثير لحديث عدم رضا المتملك بخروج الموهوب من يده بلا عوض فى عدم ثبوت حق الشفعة فى الموهوب فالوجه التام فى عدم ثبوت حق الشفعة فى الموهوب والموروث وأمثالهما ماذكر فى الكافى وغيره وهو أن الشفعة عندنا تختص بمعاوضة مال بمال لانها ثبتت بخلاف القياس بالآثار فى

فى البناء والعلو مجرد بناء فكان ينبغى أن لا يكون فيه شفعة الا أنه التحق بالعقار (قوله اذا لم يكن طريق العلو فيه) أى فى السفل هذا البيان ان استحقاق الشفعة بالعلو بسبب الجوار لا بسبب الشركة وليس هو انفى الشفعة اذا كان له طريق فى السفل بل اذا كان له طريق فى السفل كان استحقاق صاحب العلو الشفعة فى السفل بسبب الشركة فى الطريق لا بسبب الجوار حتى انه يكون مقدما على الجار كالو بيع العلو وكان لذلك العلو طريق فى دار رجل صار صاحب الدار التى فيها الطريق أولى من صاحب الدار التى عليها العلو لما مر ان الشريك فى الطريق مقدم على الجار (قوله والمسلم والذمى فى الشفعة سواء) وقال ابن أبي ليلى لا شفعة للذمى لان الاخذ بالشفعة رفق شرعى فلا يثبت لمن هو منكر لهذه الشريعة وهو الكافر ولكن نأخذ بما قضى به شريح رحمه الله وقد تأيد ذلك بامضاء عمر رضى الله عنه ثم أهل الذمة قد التزموا أحكام الاسلام فيرجع الى المعاملات والاخذ بالشفعة من المعاملات وهو مشروع لدفع الضرر عن الشفيع والضرر مدفوع عنهم كما هو مدفوع عن المسلمين (قوله والصغير والكبير) أى سواء وهذا عندنا وقال ابن أبي ليلى لا شفعة للصغير لان وجوبها لدفع ضرر التأذى لسوء المجاورة وذلك عن الكبار دون الصغار ولان الصغير فى الجوار تبع فهو فى معنى المستعير والمستأجر ولكنا نقول سبب الاستحقاق متحقق فى حق الصغير وهو الشركة أو الجوار ثم هو محتاج الى الاخذ لدفع الضرر فى الثانى عن نفسه وان لم يكن محتاجا الى ذلك فى الحال وكذلك تثبت الشفعة عندنا للجنين أيضا (قوله والعبد اذا كان ماذونا) وهذا اذا كان بائع الدار غير المولى فالمسئلة تجرى على عمومها أما اذا كان البائع مولى العبد والعبد شفيعها فللعبد الشفعة اذا كان عليه دين والا فلا وعلى هذا لو باع العبد ومولاه شفيعها فان لم يكن عليه دين فلا شفعة للمولى لان بيع العبد وقع له وان كان عليه دين فله

(قوله واجبة وهى انما تمكن اذا كان العوض مالا) أقول قوله واجبة خبر ان فى قوله لان مراعاة شرط الشرع الخ

(لاشفعة فى الدار يتزوج الرجل عليها أو يخالع المرأة بها أو يستأجر بها دارا أو غيرها أو يصالح بها عن دم عمد) أى غير دار من عبد أو حانوت و يصالح بها عن دم العمد أو يعتق عليها عبدا لان الشفيع لا يقدر على تملك هذه الاشياء للمشترى حتى يتحقق التملك بمثل ما تملك به وكان تفريع هذه المسائل على الاصل المذكور وهو قوله لانه أمكن مراعاة شرط الشرع الخ كافيا ولكنه استدل عليه بدليل مستقل وهو قوله لان الشفعة عندنا انما تجب الخ استظهارا

على مامر قال (ولا شفعة فى الدار التى يتزوج الرجل عليها أو يخالع المرأة بها أو يستأجر بها دارا أو غيرها أو يصالح بها عن دم عمد أو يعتق عليها عبدا) لان الشفعة عندنا انما تجب فى مبادلة المال بالمال لما بينا وهذه الاعواض ليست بأموال فايجاب الشفعة فيها خلاف المشروع وقلب الموضوع وعند الشافعى تجب فيها الشفعة لان هذه الاعواض متقومة عنده فأمكن الاخذ بقيمتها ان تعذر بمثلها كما فى البيع بالعرض بخلاف الهبة لانه لا عوض فيها رأسا وقوله يتأتى فيما اذا جعل شقصا من دار مهرا أو ما يضاهيه لانه لا شفعة عنده الا فيه ونحن نقول ان تقوم منافع البضع فى النكاح وغيرها بعقد الاجارة ضرورى فلا يظهر فى حق الشفعة وكذا الدم والعتق غير متقوم لان القيمة ما يقوم مقام غيره

معاوضة مال بمال فيقتصر عليها (قوله وعند الشافعى تجب فيها الشفعة لان هذه الاعواض متقومة عنده فأمكن الاخذ بقيمتها) قال فى العناية وهى مهر المثل وأجر المثل فى التزويج والخلع والاجارة وقيمة الدار والعبد فى الصلح والاعتاق اه (أقول) فى قوله وقيمة الدار نظر اذ الكلام فى قيمة الاعواض التى جعلت بدلا للدار فى الصور المذكورة لا فى قيمة نفس الدار والعوض فى صورة الصلح هو دم العمد فالواجب عند الشافعى قيمة دم العمد على زعمه لا قيمة الدار لا يقال لما جعل دم العمد عوضا من الدار صارت قيمته قيمة الدار لانا نقول لو اقتضى هذا القدر أن تصير قيمة أحد العوضين قيمة للآخر لكان قيمة الاعواض المذكورة فى الصورة المزبورة كلها قيمة الدار لكون كل منهما عوضا من الدار ولم يقل به أحد بل وقع التصريح بخلافه فى سائر الصور فى نفس العناية أيضا ثم ان بعض الفضلاء لما تنبه لاجمال ما قلنا قال كأن الكلام فى قيمة الاعواض لا فى قيمة الدار والعبد فتأمل اه (أقول) لم يصب فى زيادته العبد والحاقه بالدار فى المؤاخذة فان العبد مأخوذ فى جانب الاعواض المقابلة للدار كما يفصح عنه عبارة الكتاب فيكون الكلام فى قيمة الاعواض لا ينافى اعتبار قيمة العبد فى صورة الاعتاق نعم العوض اعتاق العبد لا نفس العبد لكن من يجعل الاعتاق متقوما لا يبعد من أن يرى الى قيمة العبد فى تقويمه والكلام هنا على أصله وأما التحقيق من قبلنا فسيجىء من بعد (قوله وكذا الدم والعتق غير متقوم) قال فى العناية انما أفردهما لان تقومهما أبعد لانهما ليسا بمالين فضلا عن التقوم اه (أقول) فيه بحث لان تمامه يتوقف على كون سائر الاعواض المذكورة مالا وان لم تكن متقومة وليس الامر كذلك فانها أيضا ليست بأموال عندنا وقد أفصح عنه قول المصنف فيما قبل وهذه الاعواض ليست بأموال وقوله فى باب المهر من كتاب النكاح ان المنافع ليست بأموال على أصلنا

الشفعة لان بعمه كان اغرمائه (قوله على مامر) أى فى فصل ما يؤخذ به المشفوع فى قوله ومن اشترى دارا بعرض أخذها الشفيع بقيمته (قوله لان هذه الاعواض متقومة عنده) أى عند الشافعى رحمه الله لان التقوم حكم شرعى والشرع جعل هذه الاشياء مضمونة بهذه الاعواض وضمان الشئ قيمة ذلك الشئ ألا ترى ان الشرع جعل المهر قيمة البضع وكذا المنافع متقومة عنده كالاعيان فاذا جعل الدار عوضا عن البضع أو نحوه وقد تعذر على الشفيع الاخذ به فله أن يأخذ بقيمته وهو مهر المثل كما لو اشترى بعبد وقول الشافعى رحمه الله انما يتأتى فيما اذا جعل شقصا من دار مهرا لانه لا يرى الشفعة بالجوار (قوله أو ما يضاهيه) أى ما يضاهى المهر كبدل الخلع والاجرة اذا جعل شقصا من داره بدل الخلع والاجرة ونحن نقول ان تقوم منافع البضع فى النكاح وغيرها ضرورى والحجة عليه فى الثلاثة الاول ان تقوم منافع البضع بالعقود ضرورى فلا يظهر فى حق الشفعة وهذا لان المال ليس بمثل له. تحقق بعقد النكاح لا صورة ولا معنى فلم يصلح قيمة له لان

وعند الشافعى تجب فيها الشفعة لان هذه الاعواض متقومة عنده فأمكن الاخذ بقيمتها وهو مهر المثل وأجر المثل فى التزوج والخلع والاجارة وقيمة الدار والعبد فى الصلح والاعتاق (ان تعذر الاخذ بمثلها كما فى البيع بالعرض بخلاف الهبة لانه لا عوض فيها أصلا) وقوله أى قول الشافعى رحمه الله (يتأتى فيما اذا جعل شقصا من دار مهرا أو ما يضاهيه) أى ما يشابه المهر كبدل الخلع والاجر (لانه لا شفعة عنده الا فيه) حيث لا يرى الشفعة لا فى الجوار ولا فيما لا يقبل القسمة كالحمام (ونحن نقول) جواب عن جعله هذه الاعواض متقومة وتقريره أن تقوم هذه الاعواض اما أن يكون مطلقا أو ضروريا والاول ممنوع والثانى مسلم ولكن لا يظهر فى حق الشفعة (قوله وكذا الدم والعتق غير متقوم) وانما أفردهما لان تقومهما أبعد لانهما ليسا بمالين فضلا عن التقوم واستدل على ذلك بقوله (لان القيمة ما يقوم مقام غيره

(قوله كافيا) أقول خبر كان فى قوله وكان تفريع هذه المسائل الخ (قوله وقيمة الدار والعبد) أقول كأن الكلام فى قيمة الاعواض لا فى قيمة الدار والعبد فتأمل (قوله وانما أفردهما) أقول فيه شئ لا يخفى جوابه

في المعنى الخاص المطلوب) وهو المالية لان القيمة انما تقوم مقام الغير من حيث المالية لا بغيرها من الاوصاف كالجوهرية والجسمية ولا يتحقق المعنى الخاص فيهما لان العتق اسقاط وازالة الدم ليس الا حق الاستيفاء وليسا من جنس ما يتمول به و يدخر وقوله (وعلى هذا) لبيان أن الغرض عند العقد وبعده

سواء في كونه مقابلا بالبضع بخلاف ما اذا باع الدار بمهر المثل أو بالمسمى فان فيه الشفعة لانه مبادلة المال بالمال واعترض بان البيع بمهر المثل فاسد لجهالته ولا شفعة في الشراء الفاسد وأجيب بانه جاز أن يكون معلوما عندهما وبانه جهالة في الساقط لا تفضي الى المنازعة والمفسدة ما أفضت اليها (ولو تزوجها على دار على أن ترد عليه ألفا فلا شفعة في جميع الدار) أي في شئ منها (وقالا تجب في حصة الالف) تقسم قيمة الدار على مهر المثل وألف درهم (لانه مبادلة مالية في حقه) أي في حق ما يخص الالف وأبو حنيفة رحمه الله يقول معنى البيع فيه تابع والمقصود هو النكاح (ولهذا ينعقد بلفظ النكاح ولا يفسد بشرط النكاح) فيه ولو كان البيع أصلا يفسد كما لو قال بعت منك هذه الدار بالف على أن تزوجيني نفسك وقوله (ولان الشفعة) دليل آخر وفيه اشارة الى دفع ما يقال الشفعة تفضي الى المبادلة المالية واما أن تكون هي المقصودة فممنوع ووجهه أن كونها مقصودة لا بد منه ألا ترى أن المضارب اذا كان رأس المال ألفا فتجر وربح ألفا ثم اشترى بالفين دارا في جوار رب المال ثم باعها بالالفين فان رب المال لا يستحق الشفعة في اذا خصة المضارب من الربح لان الربح تبع لرأس المال وليس في مقابلة رأس المال شفعة لرب المال لان البيع كان لرب المال لان المضارب وكيله في حقه وليس في بيع الوكيل شفعة للموكل على ما يجيء فكذا في حصة الربح وهو البيع قال (أو يصالح عليها بانكار الخ) عطف القدوري قوله

في المعنى الخاص المطلوب ولا يتحقق فيهما وعلى هذا اذا تزوجها بغير مهر ثم فرض لها الدار مهرا لانه بمنزلة المفروض في العقد في كونه مقابلا بالبضع بخلاف ما اذا باعها بمهر المثل أو بالمسمى لانه مبادلة مال بمال ولو تزوجها على دار على أن ترد عليه ألفا فلا شفعة في جميع الدار عند أبي حنيفة وقالا تجب في حصة الالف لانه مبادلة مالية في حقه وهو يقول معنى البيع فيه تابع ولهذا ينعقد بلفظ النكاح ولا يفسد بشرط النكاح فيه ولا شفعة في الاصل فكذا في التبع ولان الشفعة شرعت في المبادلة المالية المقصودة حتى أن المضارب اذا باع دارا وفيها ربح لا يستحق رب المال الشفعة في حصة الربح لكونه تابعا فيه قال (أو يصالح عليها بانكار فان صالح عليها باقرار وجبت الشفعة) قال رضي الله عنه هكذا ذكر في أكثر نسخ المختصر والصحيح أو يصالح عنها بانكار مكان قوله أو يصالح عليها لانه اذا صالح عنها بانكار بقي الدار في يده فهو يزعم أنها لم تزل عن ملكه وكذا اذا صالح عنها بسكوت لانه يحتمل أنه بذل المال افتداء ليمينه وقطعا لشغب خصمه كما اذا أنكر صريحا بخلاف ما اذا صالح عنها باقرار لانه معترف بالملك للمدعي وانما استفاده بالصلح فكان مبادلة مالية أما اذا صالح عليها باقرار أو سكوت أو انكار وجبت الشفعة في جميع ذلك لانه أخذها عوضا عن حقه في زعمه

والحق عندي في تعليل أن تقومهما أبعد أن يقال لانهما ليسا بمتقومين أصلا أي لا بالتقوم الضروري

قيمة الشئ ما يقوم مقامه لاتحادهما في المعنى الخاص وهذا المعنى لا يتحقق بين المال و بين المستحق بعقد النكاح غير ان الشرع جعل ملك النكاح مضمونا بالمهر ابانة لخطره واعظاما لقدره وصونا لهذا العقد عن التشبه بالاباحة فظهر تقومه في حق هذا المعنى خاصة على خلاف القياس لمكان الضرورة فلا يظهر معنى التقوم في حق الشفيع وكذا المنافع ليست باموال عندنا ولهذا لا يضمن بالغصب والاتلاف على ما مر في الغصب وانما يظهر تقومها في العقد للضرورة فلا يظهر في غيره وفي الرابع والخامس ان كل واحد من العتق والدم ليس بمال فضلا ان يكون متقوما أما العتق فلانه ازالة واسقاط وأما الدم فلانه ليس من جنس الاموال وايجاب الدية لصيانته عن الاهدار (قوله في المعنى الخاص المطلوب) وهو المالية فان قيل الدار تضمن بالقيمة والمعنى الخاص المطلوب منها السكنى وكذا الثوب المعنى الخاص المطلوب منه دفع الحر والبرد يضمن بالقيمة قلنا بل المعنى الخاص المطلوب منهما المالية ألا ترى ان من أتلف ثوبا انسان أو قلع بناء دار انسان يضمن قيمتها ولا ذلك الا باعتبار المالية وقد لا تكون الدار للسكنى والثوب للبس (قوله بخلاف ما اذا باعها بمهر المثل) يعني تجب الشفعة فان قيل كيف يأخذها والبيع فاسد لجهالة مهر المثل قلنا جاز أن يكون معلوما عندهما ولانه جهالة في الساقط فلا يفضي الى المنازعة فلا يفسد البيع (قوله ولا شفعة في جميع الدار) أي في شئ من الدار (قوله حتى ان المضارب اذا باع دارا فيها ربح لا يستحق رب المال الشفعة في حصة الربح) أي في حصة ربح المضاربة لكونه تابعا وصورته اذا كان رأس المال ألفا فتجر المضارب وربح ألفا ثم اشترى بالفين دارا ورب المال شفيعها ثم باع الدار بالالفين فان رب المال لا يستحق الشفعة في حصة المضارب من الربح باعتبار ان الربح تبع لرأس المال وليس في مقابلة رأس المال شفعة لرب المال لان البيع كان لرب المال لان المضارب وكيل لرب المال في حقه وليس في بيع الوكيل شفعة للموكل فكذا في حصة الربح وهذا بخلاف ما اذا اشترى المضارب دارا ورب المال شفيعها بدار له أخرى فله أن يأخذ الشفعة لان شراء المضارب وان وقع له ولكن في الحكم كانه مال ثالث ألا يرى انه لا يقدر أن ينزعه من يده فيكون له وذكر محمد رحمه الله في المسئلة الاولى وليس

قال المصنف (ولان الشفعة شرعت في المبادلة المالية المقصودة) أقول تامل في التغاير بين الدليلين

أو يصالح عليها بانكار على قوله أو يعتق عليها عبدا من الصور التي لا يجب فيها الشفعة وليس بصحيح بلفظ عليها كما وقع في أكثر نسخ المختصر وكلامه ظاهر وقوله (اذا لم يكن من جنسه) أي اذا لم يكن العوض من جنس حقه وقيد بذلك لانه اذا كان من جنسه بان يكون بعض المصالح عنه حقه كان آخذا حقه فليس فيه معاوضة فلا تجب الشفعة قوله (ولا شفعة في هبة لما ذكرنا) يعني في قوله بخلاف الهبة لانه لا عوض فيها رأسا الا أن يكون بعوض مشروط) في العقد ولا بد من القبض فانه اذا وهب دار الرجل على أن يهب له الآخر ألف درهم فلا شفعة للشفيع ما لم يتقابضا (ولا بد أن لا يكون الموهوب ولا عوضه شائعا لانه هبة ابتداء وقد قررناه في كتاب الهبة) لان الهبة بشرط العوض تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء بخلاف ما اذا لم يكن العوض مشروطا في العقد فانه لا تثبت الشفعة لا في الموهوب ولا في العوض ان كان العوض دارا (لان كل واحدة منهما مطلقة عن العوض الا أنه أثيب منها فامتنع الرجوع) ولا شفعة في البيع بشرط الخيار للبائع لانه يمنع زوال الملك عن البائع وبقاء حق البائع يمنع الشفعة كما في البيع الفاسد فلأن يمنع بقاء ملكه كان أولى (فان أسقط الخيار وجبت الشفعة) لزوال المانع عن الزوال (ويشترط الطلب عند سقوط الخيار في الصحيح) لان البيع يصير سببا لزوال الملك عند ذلك وقوله في الصحيح احتراز عن قول بعض المشايخ أنه يشترط الطلب عند وجود البيع لانه هو السبب (قوله وان اشترى بشرط الخ) ظاهر وقوله (على ما مر) اشارة الى قوله من قبل وتجب بعقد البيع الى أن قال والوجه فيه أن الشفعة انما تجب اذا رغب البائع عن ملك الدار الخ (قوله واذا أخذها) أي أخذ الشفيع الدار في مدة الخيار وجب البيع (وسقط الخيار بعجز المشتري عن الرد ولا خيار للشفيع لانه يثبت بالشرط وهو للمشتري دون الشفيع وان بيعت دار بجنبها والخيار لاحدهما (أي لاحد المتعاقدين من البائع أو من المشتري) فله الاخذ بالشفعة أما البائع فظاهر لبقاء ملكه في التي يشفع بها (فان أخذها بالشفعة كان نقضا لبيعه لانه قرر ملكه واقرار البائع على اقرار ملكه في مدة الخيار نقض للبيع لانه لو لم يجعل نقضا لكان اذا أجاز البيع فيها ملكها المشتري من حين العقد حتى يستحق بزوائدها المتصلة والمنفصلة وتبين أنه أخذها بغير حق (وكذا اذا كان الخيار) للمشتري (وفيه اشكال) وهو ما ذكره البلخي من ان أصل أبي حنيفة أن المشتري بخيار الشرط لا يملك المبيع في مدة الخيار والشفعة لا تستحق الا بالملك فكان تناقضا وقوله (أوضحناه في البيوع) قال في النهاية هذه الحوالة في حق الاشكال غير رائجة بل فيه جواب الاشكال وهو قوله ومن اشترى

اذا لم يكن من جنسه فيعامل بزعمه قال (ولا شفعة في هبة لما ذكرنا الا أن تكون بعوض مشروط) لانه بيع انتهاء ولا بد من القبض وأن لا يكون الموهوب ولا عوضه شائعا لانه هبة ابتداء وقد قررناه في كتاب الهبة بخلاف ما اذا لم يكن العوض مشروطا في العقد لان كل واحد منهما هبة مطلقة الا أنه أثيب منها فامتنع الرجوع قال (ومن باع بشرط الخيار فلا شفعة للشفيع) لانه يمنع زوال الملك عن البائع (فان أسقط الخيار وجبت الشفعة) لانه زال المانع عن الزوال ويشترط الطلب عند سقوط الخيار في الصحيح لان البيع يصير سببا لزوال الملك عند ذلك (وان اشترى بشرط الخيار وجبت الشفعة) لانه لا يمنع زوال الملك عن البائع بالاتفاق والشفعة تبتنى عليه على ما مر واذا أخذها في الثلاث وجب البيع لعجز المشتري عن الرد ولا خيار للشفيع لانه يثبت بالشرط وهو للمشتري دون الشفيع وان بيعت دار الى جنبها والخيار لاحدهما فله الاخذ بالشفعة أما للبائع فظاهر لبقاء ملكه في التي يشفع بها وكذا اذا كان للمشتري وفيه اشكال أوضحناه في البيوع فلا نعيده

ولا بغير الضرورى كما مر آنفا (قوله وفيه اشكال أوضحناه في البيوع فلا نعيده) قال في النهاية هذه الحوالة

اذا كان رب المال لا يملك نهيه عن البيع ما يدل على ان المضارب ليس بوكيل بالبيع من جهته ألا ترى ان رجلا لو رهن من آخر دارا وسلط العدل على بيعها اذا حل أجل الدين حتى يستوفي الدين من الثمن لم يكن للراهن ان ينهاه عن البيع وان باعها العدل والراهن شفيعها بدار له أخرى لم يكن للراهن ان يأخذها بالشفعة لان العدل وكيل الراهن بالبيع مع ان الراهن لا يملك نهيه عن البيع (قوله اذا لم يكن من جنسه) أي من جنس حقه أي اذا لم يكن الصلح على بعض المدعى به لانه حينئذ يكون آخذا عين حقه في زعمه فلا شفعة (قوله ولا شفعة في هبة لما ذكرنا) يريد به قوله ولان الشفعة شرعت في المبادلة المالية وقوله بخلاف الهبة لانه لا عوض فيها رأسا (قوله ولا بد من القبض) وهذا عندنا خلافا لزفر رحمه الله فانه اذا وهب لرجل دارا على أن يهب له الآخر ألف درهم فلا شفعة للشفيع ما لم يتقابضا وبعد التقابض يجب للشفيع فيها الشفعة وعلى قول زفر رحمه الله تجب الشفعة قبل التقابض وهو بناء على ما بينا في كتاب الهبة ان الهبة بشرط العوض عنده بيع ابتداء وانتهاء وعندنا هبة ابتداء وبمنزلة البيع اذا اتصل به القبض من الجانبين (قوله والشفعة تبتنى عليه) أي على زوال ملك البائع على ما مر أي في أوائل كتاب الشفعة في قوله والشفعة تجب بعقد البيع الى أن قال والوجه فيه ان الشفعة انما تجب اذا رغب البائع عن ملك الدار (قوله واذا أخذها في الثلث) انما قيد بالثلث لتكون المسئلة على الاتفاق (قوله وجب البيع) أي تقرر البيع الذي جرى بين البائع والمشتري بشرط الخيار وانما ذكر هذا لان المشتري بشرط الخيار لو رد البيع بحكم خيار الشرط قبل طلب الشفيع الشفعة لم يجب البيع ولم يتحقق بل انفسخ من الاصل فحينئذ لا يتمكن الشفيع من طلب الشفعة لان هذا ليس ما قاله بل انفساخ من الاصل فكان السبب منعدما في حقه من الاصل (قوله وفيه اشكال أوضحناه في البيوع)

داراعلى أنه بالخيار فبيعت دار بجنبها الخ وقيل اذا كانت الحوالة فى حق جواب الاشكال رائجة كانت فى حق السؤال كذلك لان الجواب يتضمن السؤال وقيل لم يقل فى البيوع من هذا الكتاب فيجوز أن تكون واضحة فى كفاية المنتهى ولو كان الخيار لهما لم تثبت الشفعة لاجل خيار البائع لا لاجل خيار المشترى (قوله واذا أخذها) يعنى أخذ المشترى بخيار الشرط الدار المبيعة بجنب الدار المشتراة كان الاخذ منه اجازة للبيع الاول فيسقط خياره لما ذكرناه فى طرف البائع (قوله بخلاف ما اذا اشتراها ولم يرها) ظاهر وقوله (ثم اذا حضر شفيع الدار الاولى) يعنى التى اشتراها المشترى بشرط الخيار (له) أى للشفيع أن يأخذها دون الثانية وهى التى أخذها المشترى بطريق الشفعة لانعدام ملكه فى الاولى حين بيعت الثانية قال (ومن ابتاع دارا شراء فاسدا) أول كلامه ظاهر وفى قوله ومن ابتاع دارا شراء فاسدا تلويح الى أن عدم الشفعة انما هو فيما اذا وقع فاسدا ابتداء لان الفساد اذا كان بعد انعقاده صحيحا فحق الشفعة باق على حاله ألا ترى أن النصرانى اذا اشترى من نصرانى دارا بخمر ولم يتقابضا حتى أسلما أو أسلم أحدهما أو قبض الدار ولم يقبض الخمر فانه يفسد البيع وحق الشفيع فى الشفعة باق لان فساده بعد وقوعه صحيحا (قوله وفى اثبات حق الشفعة تقرير الفساد فلا يجوز) يعنى الاخذ بالشفعة واعترض عليه بانه لم لا يجوز ان لا يثبت المفسد فى حق الشفيع كما لم يثبت فى حقه الخيار الثابت للمشترى الذى اشتراها بشرط الخيار فيثبت البيع فى حقه بلا مفسد ليصل الى حقه ولا يلزم تقرير الفساد وأجيب بان فساد البيع انما ثبت لمعنى راجع الى العوض اما بالشرط فى حقه أو الفساد فى نفسه كجعل الخمر ثمنا فلو أسقطنا العوض لفساده فيه رجع البيع بلا ثمن وهو فاسد وما يلزم من فرض عدمه وجوده فهو موجود فلا يمكن انفكاك البيع الفاسد عن مفسده وأما البيع الصحيح فيمكن وجوده بلا شرط

اثبات

واذا أخذها كان اجازة منه للبيع بخلاف ما اذا اشتراها ولم يرها حيث لا يبطل خياره بأخذ ما بيع بجنبها بالشفعة لان خيار الرؤية لا يبطل بصريح الابطال فكيف بدلالته ثم اذا حضر شفيع الدار الاولى له أن يأخذها دون الثانية لانعدام ملكه فى الاولى حين بيعت الثانية قال (ومن ابتاع دارا شراء فاسدا فلا شفعة فيها) أما قبل القبض فلعدم زوال ملك البائع وبعد القبض لاحتمال الفسخ وحق الفسخ ثابت بالشرع لدفع الفساد وفى

فى حق الاشكال غير رائجة بل فيه جواب الاشكال لا الاشكال وهو قوله ومن اشترى دارا على انه بالخيار فبيعت دار بجنبها الخ وقيل اذا كانت الحوالة فى حق جواب الاشكال رائجة كانت فى حق الاشكال كذلك لان الجواب يتضمن السؤال وقيل لم يقل فى بيوع هذا الكتاب فيجوز أن يكون أوضحه فى كفاية المنتهى كذا فى العناية أخذا من معراج الدراية (أقول) لا يذهب عليك أن قوله فلا نعيده يابى عن أن يكون مراده بقوله أوضحناه فى البيوع ايضاحه فى بيوع كفاية المنتهى لان ذكر شئ فى كتابه هذا بعد أن ذكره فى كفاية المنتهى لا يعد اعادة والالزم أن يكون أكثر مسائل هذا الكتاب بل جميعها من قبيل الاعادة لكونها مذكورة فى كفاية المنتهى (قوله ومن ابتاع دارا شراء فاسدا) قال صاحب العناية وفى قوله ومن ابتاع دارا شراء فاسدا تلويح الى أن عدم الشفعة انما هو فيما اذا وقع فاسدا ابتداء لان الفساد اذا كان بعد انعقاده صحيحا فحق الشفعة باق على حاله اه وقال بعض الفضلاء فى بيان وجه التلويح حيث أتى بالجملة الفعلية الدالة على الحدوث لا الاستمرار اه (أقول) هذا الكلام منه عجيب لان حدوث الفساد كما يوجد فيما اذا وقع فى ابتداء العقد يوجد أيضا فيما اذا وقع بعد انعقاده صحيحا بل الحدوث فى الصورة الثانية أظهر وأجلى لان الفساد يحصل فيها بعد ان لم يكن فى ابتداء العقد وأما فى الصورة الاولى فهو حاصل فى الابتداء والانتهاء ففيها استمرار الفساد بالنسبة الى الصورة الثانية فمجرد الاتيان بالجملة الفعلية ان لم يكن ملوحا الى الثانية فلا أقل من أن يكون ملوحا الى الاولى والصواب أن وجه التلويح الى ذلك هو أنه جعل قوله شراء فاسدا قيدا للابتياع الذى هو أصل العقد فعلم به أن المراد هو الفساد فى ابتداء العقد لا الفساد الطارئ وهذا مما لا سترة به (قوله وحق الفسخ ثابت بالشرع لدفع الفساد وفى اثبات حق الشفعة تقرير الفساد) واعترض عليه بانه لم لا يجوز أن لا يثبت المفسد فى حق الشفيع لئلا يلزم تقرير الفساد وان

وهو قوله ومن اشترى على أنه بالخيار فبيعت دار الى جنبها فأخذها بالشفعة فهو رضا لان طلب الشفعة يدل على اختياره الملك الى أن قال وهذا التقرير يحتاج اليه لمذهب أبى حنيفة رحمه الله خاصة والاشكال ان المشترى بخيار الشرط لا يملك المبيع فى مدة خياره واستحقاق الشفعة باعتبار الملك ولهذا لا يستحقها المستأجر والمستعير والجواب ان المشترى صار أحق بها مع خياره وذلك يكفى لثبوت حق الشفعة كالماذون والمكاتب اذا بيعت دار بجنب داره (قوله وبعد القبض لاحتمال الفسخ) لان كل واحد من المتبايعين بسبيل من نقضه والنقض مستحق حقا لله تعالى وفى اثبات الشفعة اسقاط حق الفسخ وفيه تقرير الفساد فلا يجوز لافضائه

(قوله تلويح الى أن عدم الشفعة الخ) أقول حيث أتى بالجملة الفعلية الدالة على الحدوث لا الاستمرار (قوله أو قبض الدار ولم يقبض الخمر الخ) أقول حتى أسلما أو أسلم أحدهما (قوله يعنى الاخذ بالشفعة) أقول الاظهر يعنى اثبات حق الشفعة (قوله فلو أسقطنا العوض لفساده فيه الخ) أقول فيه بحث اذ لا حاجة الى اسقاط العوض بل يكفى اسقاط الشرط كما فى خيار الشرط واعتبار قيم مثل الخمر فتدبر (قوله وما يلزم) أقول وهو الفساد ههنا

خيار وقوله (بخلاف ما اذا كان الخيار للمشترى فى البيع الصحيح) جواب عما يقال احتمال الفسخ فى البيع الصحيح اذا كان الخيار فيه للمشترى قائم ولم يمنع حق الشفعة وتقرير الجواب أن مشترى ذلك صار أخص بالبيع تصرفا حيث تعلق بتصرفه الفسخ والاجازة وذلك يوجب حق الشفعة كالمأذون والمكاتب اذا بيعت دار بجنبها وفى الفاسد المشترى ممنوع عن التصرف فيه والحاصل أن الفسخ وان كان محتملا فيهما لكن فى الخيار للمشترى علك التصرف فى الحال على وجه يزيل موجب الاحتمال باسقاطه وفى الفاسد لا علك لانه ممنوع عن التصرف واعترض بانا لا نسلم أنه ممنوع عن التصرف بل له أن يبيع بيعا صحيحا ولا يبقى لبائعه حق النقض وفيه تقرير الفساد أيضا وأجيب بانا لا نسلم أن له ذلك بل هو منهى عنه وقد يترتب على المحظور من الاحكام كالوطء حالة الحيض فانه يحلل المرأة على زوجها الاول وتقرير الفساد المأمور بنقضه من الشرع ممتنع وفى شرع الشفعة فى البيع الفاسد ذلك والبيع المحظور الصادر من العبد ليس بمضاف الى الشرع وأرى أن قوله وحق الفسخ ثابت بالشرع لدفع الفساد وفى اثبات حق الشفعة تقريره له كان كافيا ورود الخيار للمشترى كان يندفع بقوله لدفع الفساد فان الفسخ فيه وان كان ثابتا بالشرع لكنه ليس لدفع الفساد ولكنه أتى بالسؤال والجواب اشارة الى أن الشفعة تستحق على المالك بملك غير محظور أو على من صار أحق بالبيع تصرفا والمشترى بالخيار وان لم يكن مالكا فهو أحق بالتصرف والمشترى شراء فاسدا ليس منهما فان سقط الفسخ بالزيادة فى المبيع كالبناء والغرس عند أبى حنيفة و بالبيع من آخر بالاتفاق وجبت الشفعة لزوال المانع (وان بيعت دار بجنبها وهى فى يد البائع بعد فللبائع الشفعة لبقاء ملكه وان سلمها الى المشترى فهو) أى المشترى (شفيعها لان الملك له) لا يقال فى ذلك تقرير الفساد حيث أخذ الدار المبيعة بالشفعة بالدار المشتراة بالشراء الفاسد لانا نقول المشترى بعد أخذ الدار الثانية بالشفعة متمكن من نقض المشتراة شراء فاسدا مع عدم الفساد فى التى أخذها بالشفعة بخلاف ما تقدم فانه لو ثبتت الشفعة ثم لانتقل الشراء الفاسد من المشترى الى الشفيع بوصف الفساد وفى ذلك تقريره فلا يجوز فان قيل الملك وان كان للمشترى وهو يقتضى ثبوت حق الشفعة لكن المانع متحقق وهو بقاء حق البائع فى استرداد ما يثبت به حق الشفعة وهو المشترى شراء فاسدا فان بقاء ذلك منع الشفعة عن أخذ المشترى بالشراء الفاسد أجيب بان ذلك مجرد تعلق بحق الغير وهو المنع عن الشفعة كقيام حق المرتهن فى الدار المرهونة فانه لا يمنع وجوب الشفعة للراهن اذا بيعت دار بجنبها وامتناع الشفيع عن الاخذ فى تلك المسئلة لم يكن لمجرد بقاء حق البائع فى الاسترداد بل مع لزوم تقرير الفساد ولا تقرير ههنا على ما ذكرنا من تمكن المشترى من فسخ ما اشتراه بشراء فاسد

اثبات حق الشفعة تقرير الفساد فلا يجوز بخلاف ما اذا كان الخيار للمشترى فى البيع الصحيح لانه صار أخص به تصرفا وفى البيع الفاسد ممنوع عنه قال (فان سقط حق الفسخ وجبت الشفعة) لزوال المانع وان بيعت دار بجنبها وهى فى يد البائع بعد فله الشفعة لبقاء ملكه وان سلمها الى المشترى فهو شفيعها لان الملك له

ثبت فى حق المشترى كما لا يثبت الخيار الثابت للمشترى الذى اشتراها بشرط الخيار فى حق الشفيع فيستحقها بدون شرط الخيار كما مر من قبل فى قوله ولا خيار للشفيع لانه ثبت بالشرط وهو للمشترى دون الشفيع وأجيب عنه بان فساد البيع انما يثبت لمعنى راجع الى العوض اما بالشرط فى حقه أو لفساد فى نفسه كجعل الخمر ثمنا فلو أسقطنا العوض لفساده فيه بقى البيع بلا ثمن وهو فاسد أيضا فلا يمكن انفكاك البيع عن مفسد فلا تثبت الشفعة هنالك وأما الخيار فانما يثبت للمشترى اعنى خارج عن العوضين اذ هو للتأمل والتروى فباسقاطه فى حق الشفيع لا يلزم الفساد فان البيع الصحيح يمكن وجوده بلا شرط خيار هذا زبدة ما فى الشروح وأورد بعض الفضلاء على قولهم فلو أسقطنا العوض لفساده فيه بقى البيع بلا ثمن حيث قال فيه بحث اذ لا حاجة الى اسقاط العوض بل يكفى اسقاط الشرط كما فى شرط الخيار واعتبار قيمة مثل الخمر فتدبر اه (أقول) ليس هذا بشئ لان شيأ من اسقاط الشرط واعتبار قيمة مثل الخمر فى البيع الفاسد بدون اسقاط نفس العوض مما الى التناقض (قوله بخلاف ما اذا كان الخيار للمشترى فى البيع الصحيح) حيث يثبت له الشفعة مع احتمال الفسخ لانه صار أخص به تصرفا وفى الفساد ممنوع عنه (قوله فان سقط الفسخ) بان باع المشترى من آخر وجبت الشفعة لان امتناع حق الشفعة انما كان لثبوت حق الفسخ فاذا سقط حق الفسخ وجبت الشفعة وللشفيع ان يأخذ بالبيع الثانى بالثمن المذكور أو ينقض البيع الثانى و يأخذه بالبيع الاول بقيمته فان قيل اذا نقض البيع الثانى صار كان لم يكن فيعود حق البائع فى النقض فلا يكون للشفيع حق الاخذ كما قبل البيع الثانى لانه منتقض من الاصل قلنا ان البيع الثانى صحيح مزيل لملك المشترى وانما ينتقض لحق الشفيع فما يكون من مقتضيات حق الشفيع لا يصلح أن يكون مبطلا حقه فى الاخذ بالشفعة لان انتقاض

(قوله من فرض عدمه وجوده أقول فيه بحث (قوله واعترض بانا لا نسلم انه الخ) أقول لفظ الاخص يتكفل بدفع هذا الاعتراض فانه لا يبقى تصرف للبائع فيما اذا كان الخيار للمشترى بخلافه فى البيع الفاسد فاينا مل فان قوله فى الفاسد ممنوع عنه لا يتوقف عليه الاستدلال (قوله وأجيب بانا لا نسلم أن ذلك) أقول ظاهره مقابلة المنع بالمنع فلابد أن يحمل السؤال على المعارضة وقوله لا نسلم نسامح (قوله ولكنه أتى بالسؤال والجواب اشارة الخ) أقول واستظهارا أيضا وقد سبق مثله فى هذا الباب ثم قوله أتى بالسؤال يعنى ضمنا

(ثم ان سلم البائع) الدار المبيعة بالبيع الفاسد الى المشترى (قبل الحكم بالشفعة) للبائع (بطلت الشفعة) لزوال ما كان يستحقها به (كما اذا باع بخلاف ما اذا أسلم بعده) لان بقاء ما يستحق به الشفعة فى ملك الشفيع بعد الحكم بها ليس بشرط (وان استردها) أى الدار المبيعة بالبيع الفاسد من المشترى قبل الحكم بالشفعة له بطلت شفعة المشترى لانقطاع ملكه عما استحقها به قبل الحكم بها ولا تثبت الشفعة للبائع لانه لم يكن فى وقت بيع المشفوع جارا (وان استردها بعد الحكم بقيت الثانية على ملكه لما بينا) أن بقاء ملكه فى الدار التى يشفع بها بعد الحكم بالشفعة ليس بشرط قال (واذا اقتسم الشركاء العقار فلاشفعة لجارهم بالقسمة الخ) واذا اقتسم الشركاء العقار فلاشفعة لجارهم بالقسمة لان القسمة فيها معنى الافراز (ولهذا يجرى فيها جبر القاضى والشفعة ماشرعت الافى المبادلة المطلقة) ولانهم لو وجبت لوجبت للمقاسم لكونه جارا بعد الافراز وهو متعذر (واذا اشترى دارا فسلم الشفيع الشفعة ثم ردها المشترى بخيار رؤية أو خيار شرط أو بعيب بقضاء قاض فلاشفعة للشفيع لانه فسخ من كل وجه فعاد الى قديم ملكه) ولافرق فى هذا يعنى فيما اذا كان الرد بالقضاء بين القبض وعدمه وأما اذا ردها بعيب بغير قضاء فاما أن يكون قبل القبض أو بعده فان كان الاول فلاشفعة لانه فسخ من الاصل ولهذا يتمكن من الرد بغير رضا صاحبه أو قضاء القاضى وان كان الثانى وهو مراد القدورى ففيها الشفعة على ماذكره فى الكتاب قال الشارحون قوله ومراده أى مراد القدورى فى قوله أو بعيب بقضاء قاض الرد بالعيب بعد القبض وفيه نظر لانه يناقض قوله هنالك ولافرق فى هذا بين القبض وعدمه وانما ذكر رواية الجامع الصغير لبيان اختلاف الروايتين والشفعة وماهو صحيح منهما وأما رواية الكسر فمعناها ولاشفعة فى قسمة ولافى الرد بخيار رؤية لما ذكرنا أنه فسخ من الاصل وأما رواية الفتح فقد أثبتها الفقيه أبو الليث رحمه الله فى شرح الجامع الصغير ومعناها لاشفعة ولاخيار رؤية فى قسمة لانه لورده بخيار الرؤية يتوهم تمكن من طلب القسمة فى ساعته لم يكن فى الرد فائدة وفيه نظر سيعلم وأنكر نفر الاسلام كالصدر الشهيد ومن تابعه هذه الرواية كذا ذكره فى الكتاب والامام قاضيخان

ثم ان سلم البائع قبل الحكم بالشفعة له بطلت شفعته كما اذا باع بخلاف ما اذا سلم بعده لان بقاء ملكه فى الدار التى يشفع بها بعد الحكم بالشفعة ليس بشرط فبقيت المأخوذة بالشفعة على ملكه وان استردها البائع من المشترى قبل الحكم بالشفعة له بطلت لانقطاع ملكه عن التى يشفع بها قبل الحكم بالشفعة وان استردها بعد الحكم بقيت الثانية على ملكه لما بينا قال (واذا اقتسم الشركاء العقار فلاشفعة لجارهم بالقسمة) لان القسمة فيها معنى الافراز ولهذا يجرى فيها الجبر والشفعة ماشرعت الافى المبادلة المطلقة قال (واذا اشترى دارا فسلم الشفيع الشفعة ثم ردها المشترى بخيار رؤية أو شرط أو بعيب بقضاء قاض فلاشفعة للشفيع) لانه فسخ من كل وجه فعاد الى قديم ملكه

لا يتصور أما الاول فلان اسقاط الشرط المفسد الراجع الى العوض فى عقد المتبايعين بالبيع الفاسد يستدعى اسقاط نفس العوض المعين فى ذلك العقد ضرورة انتفاء المشروط بانتفاء شرطه وأما امكان عدم اسقاط ما يصلح لان يكون عوضا فى مطلق البيع فغير مفيد لان الشفيع انما يستحق أخذ المشفوع بالثمن الذى أخذ به المشترى لا بمطلق جنس الثمن وأما الثانى فلأن اعتبار قيمة مثل الخمر فى البيع الواقع بين المسلمين غير ممكن لان مثل الخمر ليس بمال متقوم عند أهل الاسلام فكيف يتصور اعتبار القيمة لما لاقيمة له وأما فى البيع الواقع بين الكفار فيمكن اعتبار القيمة له لكونه مالا متقوما عندهم لكن مثل ذلك البيع الصادر منهم بيع صحيح والشفعة ثابتة فيه كما مر فى فصل ما يؤخذ به المشفوع والكلام هنا فى البيع الفاسد فلامعنى للايراد المذكور أصلا (قوله واذا اقتسم الشركاء العقار فلاشفعة لجارهم بالقسمة لان القسمة فيها معنى الافراز ولهذا يجرى فيها الجبر والشفعة ماشرعت الافى المبادلة المطلقة) قال صاحب العناية ولانهم لو وجبت لوجبت للمقاسم لكونه جارا بعد الافراز وهو متعذر اهـ (أقول) فيه نظر أما أولا فلان كون المقاسم جارا بعد الافراز لا يقتضى ثبوت حق الشفعة له لان سبب استحقاق الشفعة ان لم يكن مقدما على زوال ملك المالك عن العقار المشفوع فلا أقل من كونه معه وقد تأخر عنه هنا حيث حصل الجوار بعد الافراز الذى يزول به ملك كل واحد من المقتسمين عن الجزء الشائع فى حصة الآخر وأما ثانيا فلانه لا يلزم من عدم وجوب الشفعة للمقاسم لاجل مانع يمنع عنه وهو التعذر المذكور عدم وجوبها للجار الآخر الذى يتحقق فى حقه ذلك المانع فلا يتم التقريب وقال صاحب غاية البيان ولانه لو وجبت الشفعة وجبت للمقاسم لانه شريك والشريك أولى من الجار ولا يجوز أن يقدم الجار على الشريك اهـ (أقول) فيه نظر أيضا أما أولا فلان المقاسم انما كان شريكا قبل الاقتسام وأما بعده فقد صار جارا فلا يلزم تقدم الجار على الشريك وأما ثانيا فلان تقدم الجار على الشريك انما

البيع الثانى انما كان لحق الشفيع فلا يثبت الانتقاض على وجه يبطل به حق الشفعة (قوله لان قبله فسخ من الاصل) أى قبل القبض فسخ من كل وجه وان كان بغير قضاء لعدم تمام الملك ولهذا ينفرد الراد به من غير ان يحتاج الى رضا صاحبه أو قضاء قاض (قوله ولا تصح الرواية بالفتح عطفا على الشفعة) فى الكافى للنسفى رحمه الله وصحح شمس الائمة السرخسى الرواية بالفتح أيضا وقال لا يثبت خيار الرؤية فى القسمة سواء

(قوله وفيه نظر سيعلم) أقول بعد أسطر

في شرح الجامع الصغير حمل رواية الفتح على ما اذا كانت التركة مكيلا أو موزونا

والشفعة في انشاء العقد ولا فرق في هذا بين القبض وعدمه (وان ردها بعيب بغير قضاء أو تقايلا البيع فللشفيع الشفعة) لانه فسخ في حقهما لولايتهما على أنفسهما وقد قصدا الفسخ وهو بيع جديد في حق ثالث لوجود حد البيع وهو مبادلة المال بالمال بالتراضي والشفيع ثالث ومراده الرد بالعيب بعد القبض لان قبله فسخ من الاصل وان كان بغير قضاء على ما عرف وفي الجامع الصغير ولا شفعة في قسمة ولا خيار رؤية وهو بكسر الراء ومعناه لا شفعة بسبب الرد بخيار الرؤية لما بيناه ولا تصح الرواية بالفتح عطفا على الشفعة لان الرواية محفوظة في كتاب القسمة أنه يثبت في القسمة خيار الرؤية وخيار الشرط لانهما يثبتان لخلل في الرضا فيما يتعلق لزومه بالرضا وهذا المعنى موجود في القسمة والله سبحانه أعلم

(باب ما يبطل به الشفعة)

قال (واذا ترك الشفيع الاشهاد حين علم بالبيع وهو يقدر على ذلك بطلت شفعته) لاعراضه عن الطلب

يتصور و يبطل لو ثبت لذلك الشريك حق الشفعة وأما اذا لم يثبت له حقها لمانع كما نحن فيه فلا يتصور تقدم الجار على الشريك في استحقاق الشفعة فضلا عن بطلان ذلك ألا ترى انه اذا اشترى دارا فسلم الشريك الشفعة فيها أخذها الجار لسقوط حق الشريك كما مر في أوائل كتاب الشفعة ولا يلزم فيه أن يقدم الجار على الشريك فما ظنك فيما نحن فيه (قوله ومراده الرد بالعيب بعد القبض) قال جماعة من الشراح أي مراد القدوري في قوله أو بعيب بقضاء قاض الرد بالعيب بعد القبض ورد عليهم ذلك صاحب العناية حيث قال قال الشارحون قوله ومراده أي مراد القدوري في قوله أو بعيب بقضاء قاض الرد بالعيب بعد القبض وفيه نظر لانه يناقض قوله هنالك ولا فرق في هذا بين القبض وعدمه اه وقال بعض العلماء بعد نقل كلام صاحب العناية توفيه كلام وهو انه يمكن أن يقال مراد صاحب الهداية كون التقييد بالقضاء لغوا في صورة عدم القبض لا الفرق بين القبض وعدمه حتى يناقض ما سبق فيتم كلام الشارحين كما لا يخفى فليتأمل اه كلامه يعني يمكن أن يقال من جانب هؤلاء الشارحين ان مراد صاحب الهداية يحمل قول القدوري أو بعيب بقضاء قاض على الرد بالعيب بعد القبض صيانة كلام القدوري عن اللغو فان الرد قبل القبض لما كان فسخا من الاصل لم يثبت به حق الشفعة أصلا سواء كان بقضاء أو بغير قضاء فلو لم يكن المراد بقوله أو بعيب بقضاء قاض هو الرد بالعيب بعد القبض لكان التقييد بالقضاء لغوا في صورة عدم القبض وليس مراد صاحب الهداية الفرق بين القبض وعدمه في الحكم فيما اذا كان الرد بالقضاء حتى يناقض قوله هنا فيما سبق (أقول) الحق أن مراد صاحب الهداية ما ذهب اليه صاحب العناية وان ما ذكره ذلك البعض ساقط أما الاول فلانه لو كان مراده ما ذهب اليه هؤلاء الشارحون لما ذكر قوله ومراده الرد بالعيب بعد القبض فيما بعد بيان قول القدوري وان ردها بعيب بغير قضاء الخ بل كان ينبغي أن يذكره قبله أثناء بيان قوله ثم ردها المشتري بخيار رؤية أو شرط أو بعيب بقضاء قاض وهذا مما لا يذهب على ذي فطرة سليمة له دربة بأساليب كلام الثقات سيما المصنف وأما الثاني فلان عدم ظهور فائدة التقييد بالقضاء بالنظر الى صورة عدم القبض لا يقتضي كون التقييد بالقضاء لغوا على تقدير كون قول القدوري أو بعيب بقضاء قاض عاما شاملا لصورتي القبض وعدمه لان ظهور فائدة التقييد بالنظر الى بعض أفراد الكلام العام كاف في كون ذلك الكلام المقيد بذلك القيد مصونا عن اللغو وغير مخل بعمومه فردا آخر أيضا اذا لم يكن القيد منافيا العموم ذلك الفرد الآخر وههنا كذلك فان القضاء كما يتصور بعد القبض يتصور قبل القبض أيضا غاية الامر أن تأثير القضاء في عدم ثبوت حق الشفعة مما يظهر فيما بعد القبض تأمل تقف

(باب ما يبطل به الشفعة)

لما كان بطلان الشيء يقتضي سابقة ثبوته ذكر ما يبطل به الشفعة بعد ذكر ما يثبت به الشفعة (قوله واذا ترك الشفيع الاشهاد حين علم بالبيع وهو يقدر على ذلك بطلت شفعته لاعراضه عن الطلب)

كانت القسمة بقضاء أو برضا وبه قال بعض المشايخ رحمهم الله والله أعلم

(باب ما تبطل به الشفعة)

(قوله واذا ترك الشفيع الاشهاد حين علم) اى طلب المواثبة وهو يقدر على ذلك بان لم يأخذ أحد فمه أو لم يكن

من جنس واحد لان الرد فيه بخيار الرؤية غير مفيد لان نصيبه في القسمة الثانية اما أن يكون غير ما وقع في الاولى أو مثله ولا فائدة فيه فاما اذا كانت عقارا أو غيره فانهم اذا اقتسموا ثانيا ربما يقع نصيبه فيما يوافقه فيكون مفيدا والله أعلم

(باب ما يبطل به الشفعة)

تأخير البطلان عن الثبوت مما لا يحتاج الى بيان وجهه اعلم أن تسليم الشفعة قبل البيع لا يصح و بعده يصح علم الشفيع بوجوب الشفعة أو لم يعلم وعلم من أسقط اليه هذا الحق أو لم يعلم لان تسليم الشفعة اسقاط حق ولهذا يصح من غير قبول ولا يرتد بالرد واسقاط الحق يعتمد وجوب الحق دون علم المسقط والمسقط اليه كالطلاق والعتاق (قوله واذا ترك الشفيع الاشهاد حين علم) يعني طلب المواثبة بالبيع وهو يقدر على ذلك بطلت شفعته وانما فسرنا بذلك لئلا يرد ما ذكر قبل هذا أن الاشهاد ليس بشرط فان ترك ما ليس بشرط في شيء لا يبطله ويعضده قول المصنف من قبل والمراد بقوله في الكتاب (أشهد في مجلسه ذلك على المطالبة) أى طلب المواثبة وقوله ههنا لاعراضه عن الطلب

(باب ما يبطل به الشفعة)

قال المصنف (واذا ترك الشفيع الاشهاد حين علم بالبيع الخ) أقول قوله حين علم اشارة الى ما عليه عامة المشايخ من أن طلب الشفعة على الفور خلاف ما أشار اليه في باب طلب الشفعة فتذكر (قوله يعني طلب المواثبة) أقول يعني ترك نفس طلب المواثبة مطلقا أشهد أولا

وهذا ينفي اشتراطه بالقدرة (لان الاعراض انما يتحقق حالة الاختيار وهي عند القدرة) فالاعراض يتحقق عند القدرة حتى لو سمع وهو في الصلاة فترك طلب المواثبة فهو على شفعته وكذا ان طلب المواثبة وترك طلب التقرير والاشهاد على ما أوضحه فيما تقدم (وان صالح من شفعته على عوض بطلت الشفعة ورد العوض) اما بطلان الشفعة فلان حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل لانه مجرد حق التملك

وهذا لان الاعراض انما يتحقق حالة الاختيار وهي عند القدرة (وكذلك ان أشهد في المجلس ولم يشهد على أحد المتبايعين ولا عند العقار) وقد أوضحناه فيما تقدم قال (وان صالح من شفعته على عوض بطلت شفعته ورد العوض) لان حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل بل هو مجرد حق التملك فلا يصح الاعتياض عنه ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فبالفاسد أولى فيبطل الشرط ويصح الاسقاط

فان قيل جعل ترك الاشهاد ههنا مبطلا للشفعة وذكر قبل هذا في باب طلب الشفعة أن الاشهاد ليس بلازم وانما هو لنفي التجاحد وكذلك ذكر في الذخيرة وغيرها ان الاشهاد ليس بشرط وانما ذكر أصحابنا الاشهاد عند هذا الطلب في الكتب بطريق الاحتياط حتى لو أنكر المشترى هذا الطلب يتمكن الشفيع من اثباته لا لانه شرط لازم ولما لم يكن الاشهاد شرطا لازما لم يكن تركه مبطلا للشفعة فما وجه التوفيق بينهما قلنا يحتمل أن يريد بهذا الاشهاد نفس طلب المواثبة ولكن لما كان طلب المواثبة لا ينفك عن الاشهاد في حق علم القاضي سمى هذا الطلب اشهادا والدليل على هذا ما ذكره من التعليل في حق ترك طلب المواثبة مثل ما ذكره من التعليل ههنا كذا في النهاية ومعراج الدراية واكتفى تاج الشريعة وصاحب الكفاية بتفسير الاشهاد المذكور ههنا بطلب المواثبة حيث قالا واذا ترك الشفيع الاشهاد أي طلب المواثبة واستغنوا بهذا التفسير عن التعرض لتفصيل السؤال والجواب بالكلية وفسر صاحب العناية أيضا بما فسرا به ولكن قال بعده وانما فسرنا بذلك لئلا يرد ما ذكر قبل هذا ان الاشهاد ليس بشرط فان ترك ما ليس بشرط في شئ لا يبطله و يعضده قول المصنف من قبل والمراد بقوله في الكتاب أشهد في مجلسه ذلك على المطالبة طلب المواثبة وقوله ههنا لاعراضه عن الطلب الى هنا كلامه (أقول) فيه خلل لان جعل قول المصنف ههنا لاعراضه عن الطلب عاضدا أي معينا لكون المراد بالاشهاد المذكور في الكتاب ههنا نفس طلب المواثبة يصح اذلو كان الاشهاد ههنا على معناه الظاهري لقال في تعليل بطلان الشفعة بتركه لاعراضه عن الاشهاد دون أن يقال لاعراضه عن الطلب وهو الذي أشار اليه صاحب النهاية ومعراج الدراية بقولهما والدليل عليه ما ذكره من التعليل في حق ترك طلب المواثبة مثل ما ذكره من التعليل ههنا اهـ وأما جعل قول المصنف من قبل والمراد بقوله في الكتاب أشهد في مجلسه ذلك على المطالبة طلب المواثبة عاضدا أيضا لذلك فليس بصحيح اذلا يذهب على ذى مسكة ان مراد المصنف هنالك بقوله المذكور وهو أن المراد بقوله في الكتاب على المطالبة طلب المواثبة لا طلب التقرير وليس مراده ان المراد بقوله في الكتاب أشهد على طلب المواثبة اذلو كان كذلك لكان معنى ما في الكتاب طلب في مجلسه ذلك على المطالبة وفساده من حيث اللفظ والمعنى غير خاف على أحد والمفسر ههنا بطلب المواثبة نفس الاشهاد فاين هذا من ذلك وكيف يتصور أن يكون أحدهما عاضدا للآخر (قوله وان صالح من شفعته على عوض بطلت الشفعة ورد العوض لان حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل بل هو مجرد حق التملك فلا يصح الاعتياض عنه ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فبالفاسد أولى فيبطل الشرط ويصح الاسقاط) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام وان صالح من شفعته على عوض بطلت الشفعة ورد العوض

في الصلاة (قوله ليس بحق متقرر في المحل) احترز به عن القصاص بل هو مجرد حق التملك ولا تعلق له بالمحل وانما ظهر أثره في فعله والاعتياض عن الفعل لا يصح فيجب رد العوض ويبطل الحق في الشفعة (قوله ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فبالفاسد أولى) بيانه انه لو قال الشفيع أسقطت شفعتي فيما اشتريت على

وما ليس بحق متقرر في المحل لا يصح الاعتياض عنه وأما رد العوض فلان حق الشفعة اسقاط لا يتعلق بالجائز من الشرط يعني الشرط الملائم وهو أن يعلق اسقاطه بشرط ليس فيه ذكر المال مثل قول الشفيع للمشتري سلمت شفعة هذه الدار ان أجرتنيها أو أعرتنيها (فبالفاسد) وهو ما ذكر فيه المال (أولى) والفاصل بين الملائم وغيره ان ما كان فيه توقع الانتفاع بمنافع المشفوع كالاجارة والعارية والتولية

(قوله فلان حق الشفعة ليس بحق متقرر) أقول على هذا التقرير لا يوجد شرط انتاج الشكل الاول الا أن تجعل الصغرى موجبة سالبة المحمول والاحسن أن يقرر هكذا حق الشفعة ليس بحق متقرر وكل حق يصح الصلح عنه حق متقرر حتى يكون من الشكل الثاني (قوله وأما رد العوض فلان حق الشفعة الخ) أقول والحق عندي أن قوله لان حق الشفعة دليل على رد العوض وقوله ولا يتعلق اسقاطه الخ على بطلان الشفعة على عكس ما قرره

الشارح وعليك بالتأمل وكن الحاكم الفيصل ثم قوله اسقاط مبتدأ وقوله لا يتعلق الخ خبره (قوله وهو أن تعلق اسقاطه اما بشرط ليس فيه الخ) أقول لا يخفى عليك أن الشرط المذكور في مثل قول الشفيع أسقطت شفعتي فيما اشتريت على أن تسقط شفعتك فيما اشتريت ملائم على ما ذكره من التفسير وغير ملائم على ما ذكره في بيان الفاصل فليتأمل قال المصنف (فبالفاسد أولى) أقول وهو شرط الاعتياض عن حق ليس بمال فان قلت متى ثبت فساده قلت في الدليل الاول فليتأمل

أ ابطلان الشفعة فلان حق الشفعة ليس بحق متقرر فى المحل لانه مجرد حق التملك وما ليس بحق متقرر فى المحل لا يصح الاعتياض عنه وأما ورد العوض فلأن حق الشفعة اسقاط لا يتعلق بالجائز من الشرط يعنى الشرط الملائم وهو أن يعلق اسقاطه بشرط ليس فيه ذكر المال مثل قول الشفيع للمشترى سلمتك شفعة هذه الدار ان أجرتنيها أو أعرتنيها فبالفاسد وهو ماذكر فيه المال أولى اه كلامه (أقول) هذا شرح سقيم غير مطابق للمشروح لانه وزع تعليل المصنف بقوله لان حق الشفعة ليس بحق متقرر فى المحل الخ الى قوله بطلت الشفعة والى قوله ورد العوض فجعل قوله لان حق الشفعة الى قوله فلا يصح الاعتياض عنه دليلا على قوله بطلت الشفعة وجعل قوله ولا يتعلق اسقاطه الخ دليلا على قوله ورد العوض بطريق اللف والنشر المرتب ولا يخفى على ذى فطرة سليمة متأمل فى كلام المصنف بادنى تامل ان حق التوزيع على عكس ذلك وهذا مع كونه مما يدل عليه قطعا معنى المقام يرشد اليه جدا التفريعان المذكوران فى ذيل الدليلين الحاصلين من التوزيع أعنى قوله فلا يصح الاعتياض عنه فى الاول وقوله فيبطل الشرط ويصح الاسقاط فى الثانى تبصر واعترض صاحب غاية البيان على قول المصنف ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فبالفاسد أولى حيث قال وفيه نظر لان اسقاط حق الشفعة يتعلق بالجائز من الشرط ألا يرى الى ماقال محمد فى الجامع الكبير لو قال الشفيع سلمت شفعة هذه الدار ان كنت اشتريتها لنفسك وقد اشتراها لغيره أو قال للبائع سلمتها لك ان كنت بعتها لنفسك وقد باعها لغيره فهذا ليس بتسليم وذلك لان الشفيع علق التسليم بشرط وصح هذا التعليق لان تسليم الشفعة اسقاط محض كالطلاق والعتاق ولهذا لا يرتد بالرد وما كان اسقاطا محضا صح تعليقه بالشرط وماصح تعليقه بالشرط لا يترك الا بعد وجود الشرط فلا يترك التسليم اه قال الشارح العينى بعد نقل هذا النظر عن صاحب الغاية قلت استخرج هذا النظر الغير الوارد من قول الشيخ أبى المعين النسفى فى شرح الجامع الكبير حيث قال فيه فان قيل اذا لم يجب العوض يجب أن لا تبطل الشفعة أيضا لانه انما أبطل حقه بشرط سلامة العوض فاذا لم يسلم وجب أن لا تبطل كما فى الكفالة اذا صالح الكفيل المكفول له على مال حتى يبرئه من الكفالة لما لم يجب العوض لم تثبت البراءة قيل له بان المال لا يصلح عوضا عن الشفعة فصار كالحر والخنزير فى باب الخلع والصلح عن دم العمد وثمة يقع الطلاق ويسقط القصاص اذا وجد القبول من المرأة والقاتل ولم يجب شئ كذا هنا وأما الصلح عن الكفالة بالنفس فكذلك على ماذكر محمد فى كتاب الشفعة من المبسوط وكتاب الكفالة والحوالة من المبسوط فى رواية أبى حفص وعلى ماذكر فى كتاب الحوالة والكفالة من المبسوط فى رواية أبى سليمان لا يبرأ ويحتاج الى الفرق والفرق ان حق الشفيع قد سقط بعوض معنى فان الثمن سلم له فانه متى أخذ الدار بالشفعة وجب عليه الثمن فتى سلم له الثمن فقد سلم له نوع عوض بازاء التسليم فلابد من القول بسقوط حقه فى الشفعة فاما المكفول له فلم يرض بسقوط حقه من الكفيل بغير عوض ولم يحصل له عوض أصلا فلا يسقط حقه فى الكفالة اه ومن هذا الجواب يحصل الجواب عن النظر المذكور الى هنا لفظ شرح العينى (أقول) لا يذهب عليك أنه لا يحصل من الجواب المذكور فى كلام الشيخ أبى المعين الجواب عن النظر المزبور بل لامساس له بذلك لان ماوقع من السؤال والجواب فى كلام الشيخ أبى المعين متعلق باصل المسئلة والنظر المزبور متعلق بمقدمة الدليل وهى قوله ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فاحدهما بمعزل عن الآخر كيف لا وقد ذكر صاحب الغاية أولا كلام الشيخ أبى المعين بتمامه نقلا عنه حيث قال وأورد الشيخ أبو المعين النسفى فى شرح الجامع سؤالا وجوابا فى هذا الموضع قال فان قيل اذا لم يجب العوض يجب أن لا تجب شفعته أيضا الى آخر كلامه ثم أورد نظره المذكور فى حاشية أخرى ولم يجب عنه فبينهما بون لا يخفى

ان تسقط شفعتك فيما اشتريت فانه يسقط شفعته وان لم يسقط المشترى شفعته فيما اشترى الشفيع فعلم ان اسقاط الشفعة لا يتعلق بالشرط الجائز وانما قلنا هذا شرط جائز لانه شرط ملائم يمكن تحققه حتى لو تراضيا على ذلك يسقط حق كل واحد منهما فى الشفعة واسقاط الشفعة بالعوض المالى شرط فاسد لانه غير ملائم لانه اعتياض عن مجرد الحق فى المحل وهو حرام ورشوة واذا لم يتعلق يبطل الشرط ويصح الاسقاط وكذا لو باع

ونحوها فهو ملائم لان الاخذ بالشفعة يستلزمه وما لم يكن فيه ذلك كاخذ العوض فهو غير ملائم لانه اعراض عن لازم الاخذ واذا لم يتعلق بالشرط وقد وجد الاسقاط بطل الشرط وصح الاسقاط لا يقال لم يثبت فساد هذا الشرط فكيف يصح الاستدلال به لانا نقول ثبت بالدليل الاول فصح به الاستدلال وقوله (على عوض) اشارة الى أن الصلح اذا كان على بعض الدار صح ولم تبطل الشفعة لان ذلك على وجهين أحدهما أن يصالحه على أخذ نصف الدار بنصف الثمن وفيه الصلح جائز لفقد الاعراض والثانى أن يصالحه على أخذ بيت بعينه من الدار بحصته من الثمن والصلح فيه لا يجوز لان حصته مجهولة وله الشفعة لفقد الاعراض

(قوله ونحوها فهو ملائم) أقول كالمزارعة والمعاملة (قوله لا يقال لم يثبت فساد هذا الشرط الخ) أقول اذا كان المراد بالفساد عدم الملاءمة لا يتوجه السؤال (قوله لانا نقول ثبت بالدليل الاول) أقول دلالة الدليل الاول على فساد كلا الشرطين لا الثانى فقط تامل (قوله اذا كان على بعض الدار صح) أقول لان بعض الشئ لا يكون عوضا عنه

قوله (وكذا لو باع شفعته) يعني أنها تبطل (لما بينا) أن حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل حتى يصح الاعتياض عنه فكان اعراضا فان قيل حق الشفعة كحق القصاص والطلاق والعتاق في كونها غير أموال والاعتياض عنها صحيح أجاب بقوله بخلاف القصاص لانه حق متقرر والفاصل بين المتقرر وغيره ان ما يتغير بالصلح عما كان قبله فهو متقرر وغيره غير متقرر واعتبر ذلك في الشفعة والقصاص فان نفس القاتل كانت مباحة في حق من له القصاص و بالصلح حصل له العصمة في دمه فكان حقا متقررا فاما في الشفعة فان المشتري ملك الدار قبل الصلح و بعده على وجه واحد فلم يكن حقا متقررا وبخلاف الطلاق والعتاق لانه اعتياض عن ملك في المحل ونظيره اذا قال الزوج للمخيرة اختاريني بالف أو قال العنين لامرأته اختاري ترك الفسخ بالف فاختارت المخيرة الزوج وامرأة العنين ترك الفسخ سقط الخيار ولا يثبت العوض لانه مالك لبضعها قبل اختيارها و بعده على وجه واحد فكان أخذ العوض أكل مال بالباطل وهو لا يجوز (والكفالة بالنفس في هذا) أي في بطلان الكفالة والعوض (بمنزلة الشفعة) في رواية كتاب الشفعة والحوالة والكفالة والصلح من رواية أبي حفص وقيل وعليه الفتوى ووجهه أن حق الكفيل في الطلب وهو فعل فلا يصح الاعتياض عنه (وفي رواية) كتاب الصلح من رواية أبي سليمان (لا تبطل الكفالة ولا يجب المال) والفرق بينها وبين الشفعة أن الكفالة لا تسقط الا بتمام الرضا ولهذا لا تسقط بالسكوت وتمام الرضا انما يتحقق اذا وجب المال وأما حق الشفعة فليس كذلك لانه يسقط بالسكوت بعد العلم به وقيل هذه الرواية أي رواية أبي سليمان في الكفالة تكون رواية في الشفعة أيضا حتى لا تسقط الشفعة بالصلح على مال ولا يجب المال (وقيل هي) أي هذه الرواية المذكورة (في الكفالة خاصة) يعني لا تبطل الكفالة بالصلح على مال وتبطل الشفعة بالصلح على مال (وقد عرف في موضعه) أي في المبسوط

قال

وكذا لو باع شفعته بمال لما بينا بخلاف القصاص لانه حق متقرر و بخلاف الطلاق والعتاق لانه اعتياض عن ملك في المحل ونظيره اذا قال للمخيرة اختاريني بألف أو قال العنين لامرأته اختاري ترك الفسخ بألف فاختارت سقط الخيار ولا يثبت العوض والكفالة بالنفس في هذا بمنزلة الشفعة في رواية وفي أخرى لا تبطل الكفالة ولا يجب المال وقيل هذه رواية في الشفعة وقيل هي في الكفالة خاصة وقد عرف في موضعه

ثم قال صاحب العناية وقوله على عوض اشارة الى أن الصلح اذا كان على بعض الدار صح ولم تبطل الشفعة لان ذلك على وجهين أحدهما أن يصالحه على أخذ نصف الدار بنصف الثمن وفيه الصلح جائز لفقد الاعراض والثاني أن يصالحه على أخذ بيت بعينه من الدار بحصته من الثمن والصلح فيه لا يجوز لان حصته مجهولة وله الشفعة لفقد الاعراض اهـ (أقول) فيه بحث أما أولا فلانا لا نسلم ان في قوله على عوض اشارة الى أن الصلح اذا كان على بعض الدار صح ولم تبطل الشفعة اذ لا يتصور اشارة قوله المذكور الى ذلك الا بطريق مفهوم المخالفة ولا شك أن مفهوم قوله على عوض بطريق المخالفة هو معنى بلا عوض وهو يعم بعض الدار وكل الدار وما ليس بدار ولا عوض أصلا اذ لا يصلح شيء منها الا أن يكون عوضا فيصير الصلح في جميع هذه الصور بلا عوض وان مفهوم قوله في جواب المسئلة بطلت الشفعة ورد العوض يعم أيضا ما صح الشرط و بطلت الشفعة وما لم يصح الشرط ولم تبطل الشفعة وما صح الشرط والشفعة أيضا فمن بين هذه الاحتمالات كيف يحصل الاشارة الى خصوص ان الصلح اذا كان على بعض الدار صح ولم تبطل الشفعة كما في الوجهين اللذين ذكرهما نعم الحكم في الوجهين المذكورين كما قاله على ما صرح به في المبسوط وعامة المعتبرات لكن الكلام في عدم تمام اشارة عبارة الكتاب اليه كما ادعاها صاحب العناية وأما ثانيا فلان تعليل جواز الصلح في الوجه الاول من الوجهين اللذين ذكرهما بفقد الاعراض مما لا يكاد يتم لان فقد الاعراض متحقق في الوجه الثاني منهما أيضا كما صرح به مع عدم جواز الصلح فيه لجهالة الحصة المشروطة في الصلح على ما نص عليه فالوجه في تعليل جواز الصلح في الوجه الاول أن يقال لكون الحصة معلومة تدبر (قوله وكذا لو باع شفعته بمال لما بينا) أشار به الى

الشفعة من البائع أو من المشتري بمال لان البيع تمليك مال بمال وحق الشفعة لا يحتمل التمليك فصار كلامه عبارة عن الاسقاط مجازا كبيع الزوج زوجته من نفسها هذا بخلاف الاعتياض عن ملك النكاح بالطلاق وعن القصاص بالصلح وعن اسقاط الرق بالعتق لان ذلك كله ملك متقرر في المحل اما ملك النكاح وملك العبد فظاهر وكذا القصاص لانه ملك المحل في القتل ولهذا يتمكن من استيفائه بلا قضاء ورضا فكان اعتياضا عن ملك في المحل فيصح (قوله والكفالة بالنفس في هذا بمنزلة الشفعة في رواية) أي تبطل الكفالة

قال المصنف (وكذا لو باع شفعته بمال لما بينا) أقول يعني آنفا وأنت تعلم أن ما بينه لا يفي بتمام المدعى ههنا اذ لا اسقاط في البيع فلا بد من ملاحظة مقدمة أخرى (قوله فكان حقا متقررا) أقول يعني كان القصاص حقا متقررا (قوله فاما في الشفعة فان المشتري الخ) أقول فيه بحث اذ حق الشفعة انما يثبت للشفيع لا للمشتري وذلك تغير بالصلح حيث سقط ولم يبق له قدرة التملك جبرا بمثل ثمنه و بعبارة أخرى ان الدار كانت مباحة التملك جبرا بمثل ثمنه و بالصلح خرجت عن كونها كذلك فليتامل فيه فجوابه غير خفي (قوله ووجهه ان حق الكفيل في الطلب الخ) أقول ولعل الاضافة لادنى ملابسة والمعنى حق الطالب على الكفيل (قوله ولهذا لا تسقط بالسكوت) أقول أي بسكوت الطالب

قال (واذامات الشفيع بطلت شفعته الخ) اذا طلب الشفيع الشفعة وأثبتها بطلبين ثم مات قبل الاخذ فاما أن يكون موته قبل القضاء بالشفعة أو تسليم المشترى اليه أو بعد ذلك فان كان الاول بطلت شفعته وليس لورثته أن يأخذ وها وان كان الثانى فلهم ذلك وقال الشافعى الاول كالثانى بناء على أصله أن الحقوق تنتقل الى الورثة سواء كانت مما يعوض عنها أو لم تكن لان الوارث يقوم مقام المورث لكون حاجته كحاجته وقلنا الشفعة بالملك وقد زال بالموت والذى يثبت للوارث حادث بعد البيع وهو غير معتبر لانتفاء شرطه وهو قيامه وقت البيع و بقاؤه الى وقت القضاء ولهذا لو أزاله باختياره بان باع تسقط وهذا نظير الاختلاف فى خيار الشرط فى أن الثابت للشفيع حق أن يتملك والخيار بين الاخذ والترك وان مات المشترى لم تبطل الشفعة لبقاء المستحق (ولا تباع الدار فى دين المشترى ووصيته) أى لا يقدم دين المشترى ووصيته على حق الشفيع لان حق الشفيع مقدم على حق المشترى كما تقدم فكان مقدما على حق من يثبت حقه من جهته أيضا وهو الغريم والموصى له فان باعها القاضى أو وصيه فى دين الميت فللشفيع أن ينقضه كما لو باعها المشترى فى حياته لا يقال بيع القاضى حكم منه فكيف ينتقض بانه قضاء منه بخلاف الاجماع للاجماع على أن للشفيع حق نقض تصرف المشترى فلا يكون نافذا واذا باع الشفيع ما يشفع فيه قبل القضاء بها فاما أن يكون باتا أو بالخيار له فان كان الاول بطلت شفعته لزوال السبب وهو الاتصال بالملك قبل التملك (ولهذا) أى ولان زوال السبب مبطل (يزول به) أى بالبيع وان لم يعلم الشفيع بشراء المشفوعة لان العلم بالمسقط ليس بشرط لصحة الاسقاط كما اذا أسلم صريحا أو أبراء عن الدين ولا يعلم أن له دينا وطولب بالفرق بينها وبين ما اذا ساوم الشفيع المشفوعة من المشترى أو استأجرها منه فان علم بالشراء سقطت والا فلا وأجيب بان المساومة والاجارة لم يوضعا للتسليم وانما تسقط بهما للدلالتهما على رضا الشفيع والرضا بدون العلم غير متحقق بخلاف التسليم الصريح والابراء ورد بان بيع ما يشفع به لم يوضع للتسليم وقد ذكرتم أنه يبطلها وان لم يعلم وأجيب بان بقاء ما يشفع به شرط الى وقت القضاء بالشفعة وانتفاء الشرط يستلزم انتفاء المشروط فكان كالموضوع له فى قوة الدلالة وان كان الثانى لم تبطل شفعته لان الخيار يمنع

قال (واذامات الشفيع بطلت شفعته) وقال الشافعى تورث عنه قال رضى الله عنه معناه اذا مات بعد البيع قبل القضاء بالشفعة أما اذا مات بعد قضاء القاضى قبل نقد الثمن وقبضه فالبيع لازم لورثته وهذا نظير الاختلاف فى خيار الشرط وقد مر فى البيوع ولانه بالموت يزول ملكه عن داره ويثبت الملك للوارث بعد البيع وقيامه وقت البيع و بقاؤه للشفيع الى وقت القضاء شرط فلا يستوجب الشفعة بدونه (وان مات المشترى لم تبطل) لان المستحق باق ولم يتغير سبب حقه ولا يباع فى دين المشترى ووصيته ولو باعه القاضى أو الوصى أو أوصى المشترى فيها بوصية فللشفيع أن يبطله و يأخذ الدار لتقدم حقه ولهذا ينقض تصرفه فى حياته قال (واذا باع الشفيع ما يشفع به قبل أن يقضى له بالشفعة بطلت شفعته) لزوال سبب الاستحقاق قبل التملك وهو الاتصال بملكه ولهذا يزول به وان لم يعلم بشراء المشفوعة

قوله لان حق الشفعة ليس بحق متقرر فى المحل بل هو مجرد حق التملك فلا يصح الاعتياض عنه كذا فى الشروح قال بعض الفضلاء وأنت تعلم ان ما بينه لا يفى بتمام المدعى هنا اذ لا اسقاط فى البيع فلا بد من ملاحظة مقدمة أخرى اه أقول نعم لا اسقاط فى البيع الحقيقى وأما ما نحن فيه وهو بيع الشفعة بمال فليس ببيع حقيقة يعرف ذلك مما بينه من قبل وهو قوله لان حق الشفعة ليس بحق متقرر الى قوله فلا يصح الاعتياض عنه فانه

ولا يثبت العوض وهو الاصح وفى الاخرى لا تبطل الكفالة ولا يجب المال وقيل هذه رواية فى الشفعة وقيل هى فى الكفالة خاصة والفرق ان الشفعة تبطل بالاعراض بخلاف الكفالة وفى الايضاح لا تبطل الكفالة لان الكفالة بالنفس سبب لحصول المال فشابه الحق فى المال من هذا الوجه فاذا لم يرض ببطلانه مجانا لا تبطل (قوله وهذا نظير الاختلاف فى خيار الشرط) أى لا يورث خيار الشرط عندنا وعند الشافعى رحمه الله يورث فكذلك فى الشفعة وجه الالحاق به ما ذكره فى الايضاح ان الثابت للشفيع حق ان يتملك فظهر أثر هذا الحق فى ان يتخير بين ان يأخذ و بين ان لا يأخذ والارث لا يجرى فى الخيار وفى المبسوط فان عنده كما تورث الاملاك فكذلك تورث الحقوق اللازمة ما يعتاض عنها بالمال وما لا يعتاض فى ذلك سواء بطريق ان الوارث يقوم مقام المورث فان حاجة الوارث كحاجة المورث ونحن نقول بمجرد الرأى والمشيئة لا يجرى فيه الارث لانه لا يبقى بعد موته ليخلف الوارث فيه والثابت له بالشفعة مجرد المشيئة بين ان يأخذ أو يترك (قوله وان مات المشترى لم تبطل) لان المستحق باق ولم يتغير سبب حقه بخلاف موت الشفيع فان السبب الذى كان يأخذ به الشفعة يزول بموته وهو ملكه وقيام السبب الى وقت الاخذ شرط ولهذا لو باع ملكه قبل ان يأخذ المشفوع لم يكن له ان يأخذ بالشفعة فكذا اذا زال بموته والثابت للوارث جوار أو شركة حادث بعد البيع فلا يستحق به الشفعة (قوله ولهذا يزول به) أى ببيع ما يشفع به وان لم يعلم بشراء المشفوعة وان لم يكن اعراضا فلان يزول مع كونه اعراضا أولى

(قال المصنف لانه بالموت يزول ملكه) أقول عطف على المعنى كانه قال لما مر فى البيوع ولانه (قوله لان العلم بالمسقط الخ) أقول لعل المراد العلم بالمسقط بوصف كونه مسقطا (قوله وان كان الثانى الخ) أقول معطوف الى ما تقدم بثمانية أسطر تخمينا وهو قوله فان كان الاول بطل

الزوال فبقي الاتصال قال (ووكيل البائع اذا باع وهو الشفيع فلا شفعة له الخ) ذكر الاصل وهو ان من باع عقارا هو شفيعه كالوكيل بالبيع أو بيع له كرب المال اذا باع المضارب دارا من المضاربة ورب المال شفيعها فلا شفعة له ومن اشترى لو كيل المشتري أو اشترى له كالوكيل بالشراء فله الشفعة لما ذكر في الكتاب وهو أن الاول يسعى في نقض ما تم من جهته وهو البيع والثاني ليس كذلك لان أخذه بالشفعة كالشراء في كونها رغبة في المشفوعة والشفعة انما تبطل في الرغبة عنها (وكذلك) أي كوكيل البائع لو ضمن المشتري الدرك رجلا عن البائع وهو الشفيع فلا شفعة له لان تمام البيع انما كان من جهته حيث لم يرض المشتري الا بضمانه فكان الاخذ بالشفعة سعيا في نقض ما تم من جهته (وكذا اذا باع وشرط الخيار لغيره الخ) واذا

بلغ الشفيع أنها بيعت بالف فسلم الشفعة ثم علم أنها بيعت باقل منها أو بحنطة أو بشعير قيمته ألف أو أكثر فتسليمه باطل وهو على شفعته أما في الاول فلانه انما سلم استكثارا بالثمن المذكور فاذا ظهر أقل من ذلك بطل تسليمه قال في النهاية كأنه قال سلمت ان كان الثمن ألفا أراد أنه تسليم مشروط بشرط فينتفي بانتفاء شرطه وفيه نظر سيأتي بخلاف ما اذا ظهر أكثر من الالف فان مستكثر الالف أكثر استكثارا للاكثر فكان التسليم صحيحا وأما في الثاني فلانه ربما سلم لتعذر الجنس الذي بلغه وتيسر ما بيع به اذا الجنس مختلف قال في النهاية تقييده بقوله قيمتها ألف أو أكثر غير مفيد فانه لو كانت قيمتها أقل مما اشترى من الدراهم كان تسليمه باطلا أيضا وتكلف لذلك كثيرا وهو يعلم بالاولوية فان التسليم اذا لم يصح فيما اذا ظهر الثمن أكثر من المسمى فلان لا يصح اذا ظهر أقل كان أولى وكذا كل مكيل أو موزون أو عددي متقارب لكونه في معنى المكيل بخلاف ما اذا علم أنها بيعت بعرض قيمته وكذا

كما اذا سلم صريحا او ابرأ عن الدين وهو لا يعلم به وهذا بخلاف ما اذا باع الشفيع داره بشرط الخيار له لانه يمنع الزوال فبقي الاتصال قال (ووكيل البائع اذا باع وهو الشفيع فلا شفعة له ووكيل المشتري اذا ابتاع فله الشفعة) والاصل ان من باع أو بيع له لا شفعة له ومن اشترى أو ابتيع له فله الشفعة لان الاول باخذ المشفوعة يسعى في نقض ما تم من جهته وهو البيع والمشتري لا ينقض شراؤه بالاخذ بالشفعة لانه مثل الشراء (وكذلك لو ضمن الدرك عن البائع وهو الشفيع فلا شفعة له) وكذلك اذا باع وشرط الخيار لغيره فأمضى المشروط له الخيار البيع وهو الشفيع فلا شفعة له لان البيع تم بامضائه بخلاف جانب المشروط له الخيار من جانب المشتري قال (واذا بلغ الشفيع انها بيعت بالف درهم فسلم ثم علم انها بيعت باقل أو بحنطة أو شعير قيمتها ألف أو أكثر فتسليمه باطل وله الشفعة) لانه انما سلم لاستكثار الثمن في الاول ولتعذر الجنس الذي بلغه وتيسر ما بيع به في الثاني اذ الجنس مختلف

اذا لم يصح الاعتياض عنه لم يكن بيعا حقيقيا لانه من المعاوضات المالية ولم يكن أيضا شيأ من المعاوضات أصلا فلا جرم كان اسقاطا لاقترابه المطلوب هنا وعن هذا قال في المبسوط لو باع شفعته بمال كان تسليما لان البيع تمليك مال بمال وحق الشفعة لا يحتمل التمليك فيصير كلامه عبارة عن الاسقاط مجازا كبيع الزوج زوجته من نفسها اه (قوله واذا بلغ الشفيع أنها بيعت بالف درهم فسلم ثم علم أنها بيعت باقل أو بحنطة أو شعير قيمتها ألف أو أكثر فتسليمه باطل وله الشفعة) قال صاحب النهاية تقييده بقوله قيمتها ألف أو أكثر غير مفيد فانه لو كان قيمتها أقل مما اشترى من الدراهم كان تسليمه باطلا أيضا لان اطلاق ما ذكره في المبسوط والايضاح دليل عليه حيث قال في المبسوط وكذلك لو أخبر أن الثمن عبد أو ثوب ثم ظهر أنه كان مكيلا أو موزونا فهو على شفعته ولم يتعرض ان قيمة المكيل والموزون أقل من قيمته

(قوله كما اذا سلم صريحا) أي اذا سلم الشفيع الشفعة بعد البيع وهو لا يعلم بالشراء فتسليمه جائز سواء كان المشتري حاضرا أو غائبا لانه اسقاط فلا يتوقف على العلم كالطلاق (قوله أو ابرأ عن الدين وهو لا يعلم) أي لو ابرأ رب الدين المديون وهو لا يعلم بان له عليه دينا يصح الابراء (قوله لان الاول) أي من باع أو بيع له آن باخذ المشفوعة يسعى في نقض ما تم من جهته وهو البيع اما البائع فلانه بائع حقيقة وأما الوكيل فتمام البيع به أيضا لانه لولا توكيله لما جاز بيعه وكذا تمام البيع باجازة من شرط له البائع الخيار وضمان الدرك تقرر البيع فكان ضامنا منه كالبائع ومن ابتاع أو ابتيع له وأجازه فله الشفعة لان الاخذ بالشفعة ضرب من الشراء فلا يناقض كونه مشتريا فلا يصير ساعيا في نقض ما تم منه ولان الشفعة انما تبطل باظهار الشفيع الرغبة عن الدار لا باظهار الرغبة فيها والشراء اظهار الرغبة في المشتراة فلا يكون ابطالا للشفعة وأما البيع فاظهار الرغبة عنه فيكون ابطالا للشفعة (قوله أو بحنطة أو شعير قيمته ألف أو أكثر فتسليمه

شفعته لزوال السبب (قوله وهو الشفيع) أقول وهو راجع الى قوله رجلا قال المصنف (ووكيل المشتري الى قوله لا شفعة له) أقول قال في غاية البيان من باع عقارا وهو شفيعه كالوكيل بالبيع أو بيع له كرب المال اذا باع المضارب دارا من المضاربة ورب المال شفيعها فلا شفعة له ومن اشترى كوكيل المشتري أو اشترى له كالموكل بالشراء فله الشفعة الخ اه كلامه معناه الموكل بالشراء اذا كان شفيعا للدار المشفوعة وان كان الآخر الادنى منه سقط به وان ساواه تناصفا (قوله وتكلف لذلك كثيرا الخ) أقول هذا لا يدفع كلام صاحب النهاية فانه لا كلام في ايهام هذا التقييد من أول الوهلة ما ذكره فالاولى هو الاطلاق

وكذا كل مكيل أو موزون أو عددي متقارب بخلاف ما اذا علم أنها بيعت بعرض قيمته ألف أو أكثر لان الواجب فيه القيمة وهي دراهم أو دنانير وان بان أنها بيعت بدنانير قيمتها ألف فلا شفعة له وكذا اذا كانت أكثر وقال زفر له الشفعة لاختلاف الجنس ولنا أن الجنس متحد في حق الثمنية قال (واذا قيل له ان المشتري فلان فسلم الشفعة ثم علم انه غيره فله الشفعة) لتفاوت الجوار (ولو علم أن المشتري هو مع غيره فله أن يأخذ نصيب

التي اشتراها به أو أكثر وكذلك تعليله دال عليه وكذلك ما ذكره في الايضاح من الاطلاق والتعليل دال عليه وهذا أيضا استدل في الذخيرة بما ذكره في المبسوط وقال فلو أخبر أن الثمن شيء هو من ذوات القيم فسلم ثم ظهر انه كان مكيلا أو موزونا فهو على الشفعة هكذا ذكره شمس الائمة السرخسي ثم قال فعلى هذا القياس لو أخبر ان الثمن ألف درهم فاذا ظهر أنه مكيل أو موزون فهو على شفعته على كل حال الى هنا لفظ النهاية وقال صاحب العناية قال في النهاية تقييده بقوله قيمتها ألف أو أكثر غير مفيد فانه لو كان قيمتها أقل مما اشترى من الدراهم كان تسليمه باطلا أيضا وتكلف لذلك كثيرا وهو يعلم بالاولوية فان التسليم اذا لم يصح فيما اذا ظهر الثمن أكثر من المسمى فلان لا يصح اذا ظهر أقل أولى اهـ (أقول) ما ذكره صاحب العناية لا يدفع ما قاله صاحب النهاية من كون التقييد الواقع في عبارة الكتاب بقوله قيمتها ألف أو أكثر غير مفيد فانه لما كان جواب المسئلة غير مختلف فيما اذا كان قيمتها ألفا أو أكثر أو أقل كان التقييد بكونها ألفا أو أكثر غير مفيد قطعا فان لم يكن مخلا بناء على ايهامه في بادئ الرأي تقييد الحكم أيضا فلا أقل من كونه مستدركا وان عد السلوك مسلك الدلالة بالاولوية مع كونه أمرا مبهما في هذا المقام كفى أن يقال قيمتها أكثر فان التسليم اذا لم يصح فيما اذا ظهر الثمن أكثر من المسمى فلان لا يصح فيما اذا ظهر أقل منه أو مساويا له أولى فلا مخلص من استدراك أحد القيدين (قوله واذا قيل له ان المشتري فلان فسلم الشفعة ثم علم أنه غيره فله الشفعة لتفاوت الجوار) يعني لتفاوت الناس في الجوار فالرضا بجوار هذا

باطل وتعليله بقوله أو لتعذر الجنس الذي بلغه يدل على انه لو كانت قيمة الحنطة أو الشعير أقل من الالف يبطل التسليم أيضا وفي الذخيرة فلو أخبر أن الثمن شيء هو من ذوات القيم فسلم ثم ظهر أنه كان مكيلا أو موزونا فهو على شفعته هكذا ذكر شمس الائمة السرخسي رحمه الله ثم قال فعلى هذا القياس لو أخبر أن الثمن ألف درهم ثم ظهر انه مكيل أو موزون فهو على شفعته على كل حال (قوله بخلاف ما اذا علم انها بيعت بعرض قيمته ألف أو أكثر) أي لا يبطل تسليمه وفي الذخيرة ولو أخبر أن الثمن شيء من ذوات القيم فسلم ثم ظهر انه شيء آخر من ذوات القيم بان أخبر أن الثمن عبد فاذا الثمن دار فجواب محمد رحمه الله انه على شفعته من غير فصل قال شيخ الاسلام رحمه الله هذا الجواب صحيح فيما اذا كان قيمة ما ظهر أقل من قيمة ما أخبر وغير صحيح فيما اذا كان قيمة ما ظهر مثل قيمة ما أخبر لان الثمن اذا كان من ذوات القيم فالشفيع انما يأخذ الدار بقيمة الثمن دراهم أو دنانير فكأنه أخبر ان الثمن ألف درهم أو مائة دينار فسلمه ثم ظهر أن الثمن مثل ما أخبر أو أكثر وهناك كان التسليم صحيحا ولا شفعة له ولو ظهر أنه أقل مما أخبر به كان على شفعته كذا ههنا فلو كان على العكس بان أخبر أن الثمن عبد قيمته ألف درهم أو ما أشبه ذلك من الاشياء التي هي من ذوات القيم ثم ظهر ان الثمن دراهم أو دنانير فجواب محمد رحمه الله انه على شفعته من غير فصل وبعض مشايخنا قالوا الجواب محمول على ما اذا كان ما ظهر أقل من قيمة ما أخبر أما اذا كان مثل قيمة ما أخبر أو أكثر فلا شفعة له ومنهم من قال هذا الجواب صحيح على الاطلاق بخلاف المسئلة المتقدمة لانه وان كان يأخذ بالقيمة فقد يصير مغبونا في ذلك لان تقوم

الشيء بالظن يكون دائما وانما سلم حتى لا يصير مغبونا وهذا المعنى ينعدم اذا كان الثمن دراهم (قوله وان بان أنها بيعت بدنانير قيمتها ألف فلا شفعة له وكذا اذا كانت أكثر) وقال زفر رحمه الله له الشفعة لاختلاف الجنس وذكر الاختلاف في الاسرار بين علمائنا الثلاثة قال اذا قيل للشفيع الشراء بالف درهم فسلم فاذا بدنانير تساوي ألفا كان له أن يطلب عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله بطلت شفعته

ألف أو أكثر لان الواجب فيه القيمة وهي دراهم أو دنانير فصار كما لو قيل بيعت بالف فسلم ثم ظهر أكثر من ذلك ولو كانت قيمتها أقل من ذلك لم يصح التسليم وان ظهر أنها بيعت بدنانير قيمتها ألف أو أكثر فلا شفعة له وقال زفر له الشفعة لاختلاف الجنس ولهذا حل التفاضل بينهما ولنا أنهما جنس واحد في حق المقصود وهو الثمنية ومبادلة أحدهما بالآخر متيسرة عادة (واذا قيل للشفيع ان المشتري فلان فسلم الشفعة ثم تبين أنه غيره فله الشفعة لتفاوت الجوار) فالرضا بجوار شخص قد لا يكون رضا بجوار غيره قال محمد رحمه الله في الجامع لو قال الشفيع سلمت شفعة هذه الدار ان كنت اشتريتها لنفسك وقد اشتراها لغيره فهذا ليس بتسليم وذلك لان الشفيع علق التسليم بشرط وصح هذا التعليق لان تسليم الشفعة اسقاط محض كالطلاق والعتاق يصح تعليقه بالشرط فلا يترك الا بعد وجوده

غيره) لان التسليم لم يوجد في حقه (ولو بلغه شراء النصف فسلم ثم ظهر شراء الجميع فله الشفعة) لان التسليم لضرر الشركة ولا شركة وفي عكسه لا شفعة في ظاهر الرواية لان التسليم في الكل تسليم في أبعاضه

(فصل) قال (واذا باع دارا الا مقدار ذراع منها في طول الحد الذي يلي الشفيع فلا شفعة له) لانقطاع الجوار وهذه حيلة وكذا اذا وهب منه هذا المقدار

لا يكون رضا بجوار ذاك كذا في الكافي. قال محمد رحمة الله عليه في الجامع الكبير لو قال الشفيع سلمت شفعة هذه الدار ان كنت اشتريتها لنفسك وقد اشتراها لغيره فهذا ليس بتسليم وذلك لان الشفيع علق التسليم بشرط وصح هذا التعليق لان تسليم الشفعة اسقاط محض كالطلاق والعتاق فصح تعليقه بالشرط ولا يترك الا بعد وجوده اه وقال صاحب العناية ههنا بعد نقل ما قاله محمد في الجامع وهذا كما ترى يناقض قول المصنف فيما تقدم ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فبالفاسد أولى اه ولا يخفى ان كلام صاحب العناية ههنا خلاصة النظر الذي أورده الشارح الاتقاني فيما تقدم على قول المصنف ونقلناه عنه وذكرنا ما يتعلق به من الكلمات هنالك وقصد بعض الفضلاء دفع ذلك حيث قال وأنت خبير بانه فرق ما بين شرط وشرط فما سبق كان من الشروط التي تدل على الاعراض عن الشفعة والرضا بالجوار مطلقا بخلاف ما ذكر هنا فانه اذا لم يتيسر للشفيع أداء ما اشترى به الدار لم يدل تسليمه على الاعراض اذ لا قدرة له على أخذه وكذا تسليمه لزيد لا يدل على الرضا بجوار عمرو فليتأمل اه كلامه (أقول) هذا ليس بسديد لان حاصله حمل الشرط المذكور في كلام المصنف فيما سبق على الشرط المخصوص وهو الشرط الذي يدل على الاعراض وحمل الشرط المذكور في كلام الامام محمد في الجامع على الشرط المخصوص الآخر وهو الشرط الذي لا يدل على الاعراض ولا يخفى على الفطن ان شيأ من كلاميهما لا يساعد ذلك أصلا أما كلام المصنف فلانه قال ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فبالفاسد أولى ولا شك ان أولوية عدم تعلق اسقاطه بالفاسد من عدم تعلق اسقاطه بالجائز من الشرط انما تظهر اذا كان المراد بالشرط الجائز جنس الشرط الجائز لا الشرط الجائز المخصوص لجواز أن يكون لخصوصه حالة مانعة عن التعليق لم توجد تلك في الفاسد وأما كلام الامام محمد فلانه قال لان تسليم الشفعة اسقاط محض كالطلاق والعتاق فصح تعليقه بالشرط ولا يخفى أن ما يتفرع على كون تسليم الشفعة اسقاطا محضا انما هو صحة تعليقه بالشرط مطلقا لا صحة تعليقه بشرط معين سيما الشرط الذي لا يدل على الاعراض فان كونه اسقاطا يقتضي الاعراض دون عدم الاعراض تأمل تقف

(فصل) لما كانت الشفعة تسقط في بعض الاحوال علم تلك الاحوال في هذا الفصل لاحتمال أن يكون الجار فاسقا يتأذى به وفي استعمال الحيلة لاسقاط الشفعة يحصل الخلاص من مثل هذا الجار فاحتيج الى بيانه كذا في العناية وغيرها ولما كان يتجه على ظاهر هذا التوجيه ان البائع يخرج المبيع من يده وملكه بالبيع فيحصل به الخلاص له من أذية مثل ذلك الجار الفاسق فما الاحتياج الى استعمال الحيلة لاسقاط شفعته تدارك دفع ذلك بعض الفضلاء حيث قال قول صاحب العناية يتأذى به في قوله لاحتمال أن

استحسانا لانها جنس واحد في التجارات وضمانها أوجه القياس ان الانسان قد يتيسر عليه الشراء باحدهما دون الآخر والرضا باحدهما لا يدل على الرضا بالآخر وان كان الجنس واحدا فانه لو رضي بدراهم جياد فاذا هي غلة كان له الطلب (قوله وفي عكسه لا شفعة) أي لو أخبر بشراء الكل فسلم ثم ظهر شراء النصف فلا شفعة له وذكر شيخ الاسلام المعروف بخواهر زاده ان تأويل هذه المسئلة أنه ظهر انه اشترى النصف بثمن الكل أما اذا ظهر أنه اشترى النصف بنصف الثمن فله الشفعة (قوله في ظاهر الرواية) احتراز عما روي على ضد هذا انه اذا سلم الكل لا يكون تسليما النصف لجواز أن يكون تسليم الكل لعدم قدرته على الثمن وقد يتمكن من البعض فاما اذا سلم الكل في البعض فقد عجز عن أداء ثمن البعض فيكون عاجزا عن الكل بالطريق الاولى *(فصل)*

وهذا كما ترى يناقض قول المصنف رحمه الله فيما تقدم ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فبالفاسد أولى وقوله (في ظاهر الرواية) احتراز عما روي عن أبي يوسف على عكس هذا لانه قد يتمكن من تحصيل ثمن النصف دون النصف وقد تكون حاجته الى النصف ليتم به مرافق ملكه ولا يحتاج الى الجميع *(فصل)* لما كانت الشفعة تسقط في بعض الاحوال علم تلك الاحوال في هذا الفصل

(قوله وهذا كما ترى يناقض قول المصنف الخ) أقول وأنت خبير بانه فرق ما بين شرط وشرط فما سبق كان من الشروط التي تدل على الاعراض عن الشفعة والرضا بالجوار مطلقا بخلاف ما ذكر ههنا فانه اذا لم يتيسر للشفيع أداء ما اشترى به الدار لم يدل تسليمه على الاعراض اذ لا قدرة له لاخذه وكذا تسليمه لزيد لا يدل على الرضا بجوار عمرو فليتأمل *(فصل)* واذا باع دارا

لاحتمال أن يكون الجار فاسقا يتاذى به وفى استعمال الحيلة لاسقاط الشفعة تحصيل الخلاص من مثل هذا الجار فاحتيج الى بيانه وكلامه واضح
وقوله (لما بينا) اشارة الى قوله لانقطاع الجوار وقوله (الا أن المشترى فى الثانى شريك) لانه حين اشترى الباقى كان شريكا بشراء الجزء
الاول واستحقاق الشفيع الجزء الاول لا يبطل شفعة المشترى فى الجزء الثانى قبل الخصومة لكونه فى ملكه بعد فيتقدم على الجار وقوله (فان
أراد الحيلة) هذه حيلة ترجع الى تقليل رغبة الشفيع فى الشفعة والاولى ترجع الى ابطال حق الشفعة وقوله (الا
اذا استحقت المشفوعة) استثناء من قوله وهذه أخرى يعنى أنها حيلة عامة الا أن فيها وهم وقوع الضرر على البائع على تقدير ظهور مستحق يستحق الدار لانه يبقى كل الثمن على مشترى الثوب وهو بائع الدار يتضرر به أى برجوع مشترى الدار عليه بكل الثمن الذى هو أضعاف قيمة الدار وقوله (والاوجه الخ) تقريره اذا أراد أن يبيع الدار بعشرة آلاف درهم يبيعها بعشرين ألفا فلا يرغب فى الشفعة ولو استحقت الدار على المشترى لا يرجع المشترى بعشرين ألفا وانما يرجع بما أعطاه لانه اذا استحقت الدار ظهر أنه لم يكن عليه ثمن الدار فيبطل الصرف كما لو باع الدينار بالدراهم التى للمشترى على البائع ثم تصادقا أنه لم يكن عليه دين فانه يبطل الصرف

(قوله لاحتمال أن يكون الجار فاسقا يتاذى به) أقول فى استيفاء الثمن ويجوز أن يقال ذلك فيما اذا كان البائع دار أخرى بوراء الدار المبيعة فتدبر (قوله واستحقاق الشفيع الجزء الاول لا يبطل شفعة المشترى فى الجزء الثانى قبل الخصومة لكونه فى ملكه) أقول قوله قبل متعلق بقوله شفعته والضمير فى لكونه راجع الى الجزء الاول والضمير فى قوله ملكه راجع الى المشترى (قوله تقريره اذا أراد أن يبيع الدار الخ) أقول أنت خبير بان ماذكره ليس تقريرا لما فى الكتاب بل ذلك التقرير حيلة أخرى تعم الجار والشريك على ماذكره الامام الزيلعى وتقرير ما فى الكتاب على أن يدفع اليه بدل الدراهم الثمن الدنانير بقدر قيمة العقار فيكون صرفا بما فى ذمته من الدراهم ثم اذا استحق العقار تبين أن لا دين على المشترى فيبطل الصرف للافتراق قبل القبض فيجب رد الدنانير لا غير فليتأمل

وسلمه اليه لما بينا قال (واذا ابتاع منها سهما بثمن ثم ابتاع بقيتها فالشفعة للجار فى السهم الاول دون الثانى لان الشفيع جار فيهما الا أن المشترى فى الثانى شريك فيتقدم عليه فان أراد الحيلة ابتاع السهم بالثمن الا درهما مثلا والباقى بالباقى وان ابتاعها بثمن ثم دفع اليه ثوبا عوضا عنه فالشفعة بالثمن دون الثوب لانه عقد آخر والثمن هو العوض عن الدار قال رضى الله عنه وهذه حيلة أخرى تعم الجوار والشركة فيباع باضعاف قيمته ويعطى بها ثوب بقدر قيمته الا أنه لو استحقت المشفوعة يبقى كل الثمن على مشترى الثوب لقيام البيع الثانى فيتضرر به والاوجه أن يباع بالدراهم الثمن دينار حتى اذا استحق المشفوع يبطل الصرف فيجب رد الدينار

يكون الجار فاسقا يتأذى به بان قال فى استيفاء الثمن وقال ويجوز أن يقال ذلك فيما اذا كان البائع دار أخرى وراء داره المبيعة فتدبر اه (أقول) الاظهر عندى أن يقال المقصود من اسقاط شفعة مثل ذلك الجار الفاسق الذى يتاذى به دفع تاذى الجيران الملاصقين بالدار المبيعة دون دار ذلك الجار الفاسق لا دفع مجرد تاذى نفس البائع ولا يذهب عليك أن هذه الفائدة مما تتحقق فى كثير من الصور بخلاف ماذكره ذلك البعض فتدبر (قوله والاوجه أن يباع بالدراهم الثمن دينار حتى اذا استحق المشفوع يبطل الصرف فيجب رد الدينار لا غير) قال صاحب النهاية وبيان ذلك ماذكره فى شفعة فتاوى قاضيخان فقال ومن الحيلة أنه اذا أراد أن يبيع الدار بعشرة آلاف درهم يبيعها بعشرين ألفا ثم يقبض تسعة آلاف وخمسمائة ويقبض بالباقى عشرة دنانير أو أقل أو أكثر فلو أراد الشفيع أن يأخذها يأخذها بعشرين ألفا فلا يرغب فى الشفعة ولو استحق الدار على المشترى لا يرجع المشترى بعشرين ألفا وانما يرجع بما أعطاه لانه اذا استحقت الدار ظهر أنه لم يكن عليه ثمن الدار فيبطل الصرف كما لو باع الدينار بالدراهم التى للمشترى على البائع ثم تصادقا أنه لم يكن عليه دين فانه يبطل الصرف اه واقتفى أثره صاحب العناية فى بيان معنى كلام المصنف هذا بذلك المعنى المذكور فى فتاوى قاضيخان الا أنه لم يتعرض لكون ذلك مذكورا فيها بل جعله شرحا محضا لكلام المصنف حيث قال وقوله والاوجه الخ تقريره اذا أراد أن يبيع الدار بعشرة آلاف درهم الى آخر ماذكر فى النهاية معزيا الى فتاوى قاضيخان (أقول) لا يذهب على ذى فطنة أن معنى كلام المصنف هذا ليس عين ماذكر فى فتاوى قاضيخان وفى الشرحين المزبورين فان معنى كلامه أن يباع بكل الدراهم التى هى الثمن دينار

(قوله وسلمه اليه لما بينا) أى لانقطاع الجوار (قوله فالشفعة للجار فى السهم الاول دون الثانى) وفى المستصفى شرح النافع للعلامة النسفى تأويل المسئلة اذا بلغه بيع سهم منها فرده أما اذا بلغه البيعان فله الشفعة وتعليل هذه المسئلة بقوله لان الشفيع جار فيهما الا أن المشترى فى الثانى شريك فيقدم عليه يقتضى الاطلاق وعلى هذا عبارة عامة الكتب (قوله فان أراد الحيلة ابتاع السهم بالثمن الا درهما والباقى بالباقى) فلا يرغب الجار فى الاول لكثرة الثمن ولا حق له فيما بقى لانه صار شريكا وهو مقدم على الجار (قوله فيتضرر به) أى يتضرر مشترى الثوب الذى هو بائع الدار برجوع مشترى الدار عليه بكل الثمن الذى هو أضعاف قيمة الدار ولا يتمكن البائع من رد الثوب الا برضا المشترى فعسى لا يرضاه (قوله والاوجه أن يباع بالدراهم الثمن دينار حتى اذا استحقت المشفوعة تبين بطلان الصرف) لانه تبين أنه لم يكن فى ذمة المشترى ألف ثمن

لاغير قال (ولا تكره الحيلة فى اسقاط الشفعة عند أبى يوسف وتكره عند محمد) لان الشفعة انما وجبت لدفع الضرر ولو أبحنا الحيلة مادفعناه ولابى يوسف أنه منع عن اثبات الحق فلا يعد ضررا وعلى هذا الخلاف الحيلة فى اسقاط الزكاة

(مسائل متفرقة)

ومعنى ماذكر فيها أن يقبض بعض ثمنها ويباع بالباقى دنانير وعن هذا قال المصنف فيما اذا استحق المشفوع فيصير رد الدينار لاغير وقالوا انما لا يرجع المشترى بعشرين ألفا وانما يرجع بما أعطاه نعم كلا العينين مشتركان فى أن يعم الجوار والشركة وأن لا يتضرر بائع الدار فيها العدم لزوم رجوع مشترى الدار عليه بكل الثمن عند ظهور من يستحق الدار فى شئ منهما فصار أحدهما نظير الآخر فى الحيلة لا عينه فلا يصلح أحدهما لان يكون بيانا وشرحا للآخر كما لا يخفى (قوله ولا تكره الحيلة فى اسقاط الشفعة عند أبى يوسف رحمه الله وتكره عند محمد رحمه الله) قال فى العناية أخذا من النهاية ومعراج الدراية اعلم أن الحيلة فى هذا الباب اما أن تكون للرفع بعد الوجوب أو للدفعه فالاول مثل أن يقول المشترى للشفيع انا أوليها لك ولا حاجة لك

الدار فلم يصر قابضا فى المجلس لكونه فى ذمته فيبطل الصرف فلا يلزمه الا رد الدينار فصار كمن اشترى من آخر دينارا بعشرة دين ثم تصادقا أن لا دين عليه فانه يرد الدينار كذا هنا بخلاف ما اذا دفع الثوب بمقابلة مافى ذمته من الثمن وهو اضعاف قيمة الثوب فلو استحقت الدار المشفوعة يرجع المشترى بثمن الثوب على بائع الدار لان باستحقاق الدار المشفوعة لا تبطل المبايعة التى جرت بين مشترى الدار وبائعه فى الثوب ويثبت باستحقاق الدار للمشترى بها الرجوع على البائع فيتضرر بذلك بائع الدار ولا يقال باستحقاق الدار المشفوعة يعلم أن بيع الثوب كان بلا ثمن فيكون البيع فاسدا فلا يتضرر مشترى الثوب لانه لا يطالب بثمن الثوب لانا نقول البيع يحتاج الى ذكر الثمن لا الى وجوده ولهذا قلنا لو باع عبدا بما عليه من الدين ثم تصادقا أن لا دين لا يبطل البيع فى العبد (قوله ولا تكره الحيلة فى اسقاط الشفعة عند أبى يوسف رحمه الله) اعلم ان الحيل فى هذا الباب على نوعين نوع لاسقاطها بعد الوجوب وذلك أن يقول المشترى للشفيع أنا أبيعها منك انما أخذت لك فلا فائدة لك فى الاخذ بالشفعة فيقول الشفيع نعم أو يقول المشترى للشفيع اشترها منى بما أخذت فيقول الشفيع نعم أو يقول اشتريت فتبطل به شفعته وانه مكروه بالاجماع ونوع يمنع وجوبها ونوع يرجع الى تقليل الرغبة فيها وانه لا يكره عند أبى يوسف رحمه الله ومما يرجع الى منع وجوب الشفعة أن يهبه البائع بيتا معلوما من الدار بطريقه أو موضعا آخر معلوما من الدار بطريقه فتجوز الهبة لان ما وهب مقدار معين والطريق وان كان مشاعا الا أنه لا يحتمل القسمة وهبة المشاع فيما لا يحتمل القسمة جائزة فيصير شريكا فى الطريق ثم يبيع بقية الدار منه بثمن الكل فيصير أولى من الجار الا أن هذه الحيلة تصلح لدفع الجار ولا تصلح لدفع الشريك فى الدار ومن الحيلة أيضا ان يستأجر صاحب الدار من المشترى ثوبا ليلبسه يوما الى الليل بجزء من مائة جزء من الدار التى يريد بيعها ثم يصبر حتى يمضى اليوم أو يشترط التعجيل حتى يملك ذلك الجزء للعال ثم يبيع الباقى منه فلا يكون للجار الشفعة لا فى الجزء الاول لانه ملكه بعقد الاجارة ولا فى الجزء الثانى لان المشترى شريك فى الدار وقت البيع والشريك مقدم على الجار وأما التى ترجع الى تقليل الرغبة فهى مثل ماذكر من بيع عشر الدار من المشترى بتسعة أعشار الثمن ومنها ان يبيع البناء من الدار من المشترى بثمن قليل ويبيع الساحة بثمن كثير فلا يجب للشفيع الشفعة فى البناء لانه نقلى ولا يرغب فى الساحة لكثرة الثمن وذكر الامام شمس الائمة السرخسى رحمه الله فى باب الشفعة بالعروض من المبسوط بعد ماذكر وجوه الحيل فقال والاشتغال بهذه الحيل لابطال حق الشفعة لا بأس به أما قبل وجوب الشفعة فلا اشكال فيه وكذلك بعد الوجوب اذا لم يكن قصد المشترى الاضرار به وانما قصد به الدفع عن ملك نفسه ثم قال وقيل هذا قول أبى يوسف رحمه الله فاما عند محمد رحمه الله فيكره ذلك على قياس اختلافهم فى الاحتيال لاسقاط الاستبراء والمنع من وجوب الزكاة *(مسائل متفرقة)*

وقوله (ولا تكره الحيلة) اعلم أن الحيلة فى هذا الباب اما أن تكون للرفع بعد الوجوب أو لدفعه فالاول مثل أن يقول المشترى للشفيع أنا أوليها لك فلا حاجة لك فى الاخذ فيقول نعم تسقط به الشفعة وهو مكروه بالاجماع والثانى مختلف فيه قال بعض المشايخ غير مكروه عند أبى يوسف مكروه عند محمد رحمهما الله وهو الذى ذكر فى الكتاب وهذا القائل قاس فصل الشفعة على فصل الزكاة ومنهم من قال لا تكره الحيلة لمنع وجوب الشفعة بلا خلاف وانما الخلاف فى فصل الزكاة

(مسائل متفرقة)

ذكر مسائل متفرقة فى آخر الكتاب كما هو المعهود فى ذلك ولم يذكر محمد فى الجامع الصغير من مسائل الشفعة الا هذه وألفاظه ظاهرة سوى ما ننبه عليه

(مسائل متفرقة)

(قوله فيتضرر به) أى بتفريق الصفقة عليه وزيادة الضرر وهى زيادة ضرر التشقيص فان أخذ المالك منه ضرر وضرر التشقيص زيادة على ذلك والشفعة شرعت لدفع ضرر الدخيل فلا تشرع على وجه يتضرر به الدخيل ضررا زائدا وقوله (ولا فرق فى هذا) أى فى جواز أخذ الشفيع نصيب أحد المشتريين بينهما اذا كان قبل قبض المشترى الدار وبعده وقوله (هو الصحيح) احتراز عما رواه القدورى قال روى عنه أن المشترى اذا كان اثنين لم يكن للشفيع أن يأخذ نصيب أحدهما قبل القبض لان التملك يقع على البائع فتتفرق عليه الصفقة وله أن يأخذ نصيب أحدهما بعد القبض لان التملك حينئذ يقع على المشترى وقد أخذ منه جميع ملكه وقوله (بمنزلة أحد المشتريين) يعنى أن أحد المشتريين اذا انقد ما عليه من الثمن ليس له أن يقبض نصيبه من الدار حتى يؤدى كلهم جميع ما عليهم من الثمن لئلا يلزم تفريق اليد على البائع وقوله (لان العبرة فى هذا التفريق الصفقة لا الثمن) حتى لو تفرقت الصفقة من الابتداء فيما اذا كان المشترى واحدا والبائع اثنين واشترى نصيب كل واحد منهما بصفقة على حدة كان للشفيع أن يأخذ نصيب أحدهما وان لحق المشترى ضرر عيب الشركة لانه رضى بهذا العيب حيث اشترى كذلك وأما بيان تفريق الصفقة واتحادها فقد تقدم فى كتاب البيوع (ومن اشترى نصف دار غير مقسوم فقاسمه البائع أخذ الشفيع النصف الذى صار للمشترى أو ترك) وليس له أن ينقض القسمة بأن يقول للمشترى ادفع الى البائع حتى آخذ منه سواء كانت القسمة بحكم أو بغيره (لان القسمة من تمام القبض لما فيه من تكميل الانتفاع ولهذا يتم القبض فى الهبة بالقسمة والشفيع لا ينقض القبض) ليعيد الدار الى البائع (وان كان له فيه نفع بعود العهدة الى البائع فكذلا ينقض ما هو من تمامه بخلاف ما اذا باع أحد الشريكين

قال (واذا اشترى خمسة نفر دارا من رجل فللشفيع أن يأخذ نصيب أحدهم وان اشتراها رجل من خمسة أخذها كلها أو تركها) والفرق أن فى الوجه الثانى بأخذ البعض تتفرق الصفقة على المشترى فيتضرر به زيادة الضرر وفى الوجه الاول يقوم الشفيع مقام أحدهم فلا تتفرق الصفقة ولا فرق فى هذا بين ما اذا كان قبل القبض أو بعده هو الصحيح الا أن قبل القبض لا يمكنه أخذ نصيب أحدهم اذا انقد ما عليه ما لم ينقد الآخر حصته كيلا يؤدى الى تفريق اليد على البائع بمنزلة أحد المشتريين بخلاف ما بعد القبض لانه سقطت يد البائع وسواء سمى لكل بعض ثمنا أو كان الثمن جملة لان العبرة فى هذا لتفريق الصفقة لا الثمن وههنا تفريعات ذكرناها فى كفاية المنتهى قال (ومن اشترى نصف دار غير مقسوم فقاسمه البائع أخذ الشفيع النصف الذى صار للمشترى أو يدع) لان القسمة من تمام القبض لما فيه من تكميل الانتفاع ولهذا يتم القبض بالقسمة فى الهبة والشفيع لا ينقض القبض وان كان له نفع فيه بعود العهدة على البائع فكذلا ينقض ما هو من تمامه بخلاف ما اذا باع أحد الشريكين

فى الاخذ فيقول نعم تسقط به الشفعة وهو مكروه بالاجماع والثانى مختلف فيه قال بعض المشايخ غير مكروه عند أبى يوسف مكروه عند محمد وهو الذى ذكر فى الكتاب وهذا القائل قاس فصل الشفعة على فصل الزكاة

(قوله ولا فرق فى هذا بين ما اذا كان قبل القبض أو بعده هو الصحيح) وروى الحسن عن أبى حنيفة رحمهما الله أنه فرق فقال ان أخذ قبل القبض نصيب أحدهم ليس له ذلك وبعد القبض له ذلك لانه متى أخذ نصيب أحدهم من يد البائع يتضرر البائع بتفرق اليد بخلاف ما بعد القبض لانه لم تبق يد البائع ويقع التملك على المشترى وقد أخذ منه جميع ملكه فلا تفريق (قوله بمنزلة أحد المشتريين) يعنى ان أحد المشتريين اذا انقد ما عليه من الثمن فليس له ان يقبض نصيبه من الدار حتى يؤدى المشترون كلهم جميع ما عليهم من الثمن وكذلك الشفيع ليس له ان يأخذ نصيب أحد المشتريين اذا نقد ما عليه من الثمن بحصته حتى يؤدى المشترون كلهم ما عليهم من الثمن لئلا يلزم تفريق اليد على البائع (قوله لان العبرة فى هذا لتفريق الصفقة لا الثمن) وفى الذخيرة ولو كان البائع اثنين واشترى المشترى نصيب كل واحد منهما بصفقة على حدة كان للشفيع ان يأخذ نصيب أحدهما وان كان يلحق المشترى ضرر عيب الشركة لانه رضى بهذا العيب حيث اشترى نصيب كل واحد منهما بصفقة على حدة ثم بيان تفريق الصفقة واتحادها ذكر الامام التمرتاشى محالا الى الجامع اذا اتحد العاقد والعقد والثمن تتحد الصفقة وكذا لو تعدد العاقد بان كان البائع أو المشترى اثنين بان قال للمشتريين بعت منكما أو قالا بعنا منك لان ما يوجب الاتحاد راجح وهو العقد والثمن وكذا لو تعدد الثمن واتحد العاقد والعقد بان قال بعت هذا بكذا وهذا بكذا أو قال المشترى ذلك وان تفرق الثلاثة تتفرق الصفقة وكذا لو تفرق العقد واتحد العاقد بان قال بعتك هذا بكذا وبعتك هذا بكذا تتفرق الصفقة وان اتحد العقد وتفرق العاقد والثمن فى بعض المواضع تتفرق الصفقة لرجحان حيثية التفرق وفى بعضها لا قيل الاول قياس والثانى استحسان وهو قول أبى حنيفة رحمه الله (قوله لان القسمة من تمام القبض) لما عرف ان قبض المشاع فيما يحتمل القسمة قبض ناقص (قوله والشفيع لا ينقض القبض) أى اذا قبض

(قوله يتضرر به الدخيل ضررا زائدا) أقول يعنى على الاخذ (قوله فتتفرق عليه الصفقة الخ) أقول وجوابه أن يحبس الجميع الى أن يستوفى جميع الثمن فلا يؤدى الى تفريق اليد عليه

نصيبه من الدار المشتركة وقاسم المشترى الشريك الذى لم يبع نصيبه) فان الشفيع نقضه (لان العقد ما وقع مع الذى قاسم) فانه لم يجر بين المتعاقدين (ولم تكن القسمة من تمام القبض الذى هو حكم البيع بل هو تصرف بحكم الملك) فكان مبادلة وللشفيع أن ينقض المبادلة كالبيع وغيرها من التصرفات كالهبة (واطلاق الجواب فى الكتاب) أى فى الجامع الصغير وهو قوله أخذ الشفيع النصف الذى صار للمشترى (يدل على أن الشفيع يأخذ النصف الذى صار للمشترى فى أى جانب كان وهو رواية عن أبى يوسف رحمه الله) والباقى ظاهر قال (وتسليم الاب والوصى الشفعة) قد ذكرنا أن الحمل والصغير فى استحقاق الشفعة كالكبير لاستوائهم فى سببه فيقوم بالطلب والاخذ من يقوم مقامه شرعا فى استيفاء حقوقه وهو الاب ثم وصيه ثم جده أبو أبيه ثم وصيه ثم الوصى الذى نصبه القاضى فان لم يكن أحد هؤلاء فهو على شفعته اذا أدرك فان ترك هؤلاء الطلب بعد الامكان أو سلم بعد الطلب سقطت (عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله)

وقال محمد وزفر رحمهما الله هو على شفعته اذا بلغ قال المشايخ (وعلى هذا الخلاف تسليم الوكيل بطلب الشفعة فى رواية كتاب الوكالة) لكن عند أبى حنيفة رحمه الله اذا كان فى مجلس القاضى لان الوكيل بطلبها قائم مقام الموكل فى الخصومة ومحلها مجلس القاضى وعند أبى يوسف رحمه الله فيه وفى غيره لكونه نائبا عن الموكل مطلقا وعند محمد وزفر رحمهما الله لا يصح منه التسليم أصلا وقوله (وهو الصحيح) احتراز عما روى أن محمدا مع أبى حنيفة فى جواز تسليم الوكيل الشفعة خلافا لابى يوسف (لمحمد وزفر رحمهما الله أنه حق ثابت للصغير فلا يملكان ابطاله كديته) وفى بعض النسخ كدينه بالنون والاول يناسب ما قرن به وهو قوله (وقوده) والثانى يناسب رواية المبسوط لانه قال فيه كالابراء عن الديون والعفو عن القصاص الواجب له (ولانه شرع لدفع الضرر) وفى ابطاله اضرار به ولابى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله أنه فى معنى التجارة لانه تملك العين فيملكانه يوضحه أنه لو أخذها الولى بالشفعة ثم باعها من بائعه جاز فكذلك اذا سلمها اليه بل أولى لسلامته عن توجه العهدة بخلاف البيع منه وضحه بقوله (ألا ترى) وهو واضح وقوله (ولانه دائر) دليل آخر يتضمن الجواب عن الدية والقود لان النظر فى هذا قد يكون فى تركه ليبقى الثمن على ملكه بخلاف الدية والقود فان تركهما ترك بلا عوض فيكون اضرارا به وقوله (وسكوتهما كابطالهما) لما كان ماذكر من الدليل مختصا بالتسليم أردفه بقوله وسكوتهما كابطالهما (لكونه دليل الاعراض وهذا اذا بيعت بمثل قيمتها)

نصيبه من الدار المشتركة وقاسم المشترى الذى لم يبع حيث يكون الشفيع نقضه لان العقد ما وقع مع الذى قاسم فلم تكن القسمة من تمام القبض الذى هو حكم العقد بل هو تصرف بحكم الملك فينقضه الشفيع كما ينقض بيعه وهبته ثم اطلاق الجواب فى الكتاب يدل على أن الشفيع يأخذ النصف الذى صار للمشترى فى أى جانب كان وهو المروى عن أبى يوسف لان المشترى لا يملك ابطال حقه بالقسمة وعن أبى حنيفة أنه انما يأخذه اذا وقع فى جانب الدار التى يشفع بها لانه لا يبقى جارا فيما يقع فى الجانب الآخر قال (ومن باع دارا وله عبد مأذون عليه دين فله الشفعة وكذا اذا كان العبد هو البائع فلمولاه الشفعة) لان الاخذ بالشفعة تملك بالثمن فينزل منزلة الشراء وهذا لانه مفيد لانه يتصرف للغرماء بخلاف ما اذا لم يكن عليه دين لانه يبيعه لمولاه ولا شفعة لمن يبيع له قال (وتسليم الاب والوصى الشفعة على الصغير جائز عند أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد وزفر رحمهما الله هو على شفعته اذا بلغ) قالوا وعلى هذا الخلاف اذا بلغهما شراء دار بجوار دار الصبى فلم يطلبا الشفعة وعلى هذا الخلاف تسليم الوكيل بطلب الشفعة فى رواية كتاب الوكالة وهو الصحيح لمحمد وزفر أنه حق ثابت للصغير فلا يملكان ابطاله كديته وقوده ولانه شرع لدفع الضرر فكان ابطاله اضرارا به ولهما أنه فى معنى التجارة فيملكان تركه ألا ترى أن من أوجب بيعا للصبى صح رده من الاب والوصى ولانه دائر بين النفع والضرر وقد يكون النظر فى تركه ليبقى الثمن على ملكه والولاية نظرية فيملكانه وسكوتهما كابطالهما لكونه دليل الاعراض وهذا اذا بيعت بمثل قيمتها فان بيعت بأكثر من قيمتها بما لا يتغابن الناس

ومنهم من قال لا تكره الحيلة لمنع وجوب الشفعة بلا خلاف وانما الخلاف فى فصل الزكاة انتهى (أقول) فى هذا التقرير شئ وهو أنه اما أن يراد بالاجماع والاختلاف فى قوله وهو مكروه بالاجماع والثانى مختلف فيه

المشترى المبيع بأخذ الشفيع من المشترى ولا يملك ان ينقض قبض المشترى المبيع فيرده الى البائع ويأخذ منه لتكون العهدة عليه فكذا لا ينقض قسمته لانها من تمام القبض (قوله وقاسم المشترى الذى لم يبع) أى قاسم المشترى مع الشريك الذى لم يبع كان للشفيع نقضه لان هذه القسمة لم تجر بين العاقدين فلا يمكن جعلها قبضا بحكم العقد فجعلت مبادلة وللشفيع ان ينقض المبادلة (قوله ثم اطلاق الجواب فى الكتاب) وهو قوله أخذ الشفيع النصف الذى صار للمشترى (قوله وعلى هذا الخلاف تسليم الوكيل بطلب الشفعة فى رواية كتاب الوكالة وهو الصحيح) أى يصح عند أبى حنيفة رحمه الله فى مجلس القاضى ومطلقا عند أبى يوسف رحمه الله ولا يصح عند محمد رحمه الله هذا هو الصحيح وقيل لا يحفظ جواب أبى يوسف رحمه الله الآخر فيما

(قوله فانه لم يجر بين المتعاقدين) أقول أى المتقاسمين (قوله قد ذكرنا أن الحمل الخ) أقول لم يذكر الحمل فيما تقدم يعنى فى باب ما يجب فيه الشفعة (قوله وقال محمد وزفر رحمهما الله) أقول خالف الشارح ههنا ترتيب المشروح (قوله قائم مقام الموكل فى الخصومة ومحلها مجلس القاضى)

فيه قيل جاز التسليم بالاجماع لانه تمحض نظرا وقيل لا يصح بالاتفاق لانه لا يملك الاخذ فلا يملك التسليم كالاجنبي وان بيعت بأقل من قيمتها محاباة كثيرة فعن أبي حنيفة انه لا يصح التسليم منهما أيضا ولا رواية عن أبي يوسف والله أعلم

(كتاب القسمة)

اجماع المجتهدين واختلافهم في نفس المسئلة أو اجماع المشايخ واختلافهم في الرواية وأيا ما كان لا يخلو التقرير المذكور عن اضطراب أما على الاول فلان القطع بكون الثاني مختلفا فيه لا يكون تاما حينئذ لان اختلاف الاجتهاد في الثاني انما كان على قول بعض المشايخ من الرواة وأما على قول بعضهم فلا خلاف بين المجتهدين في عدم كراهة الحيلة في هذا الفصل وانما الخلاف بينهم في فصل الزكاة كما ذكره وأما على الثاني كما هو المتبادر من قوله قال بعض المشايخ غير مكروه الخ فلان القطع بكون الاول مكروها لا يصح حينئذ لان شمس الائمة السرخسي روى عدم كراهة الاحتيال في باب الشفعة على كل حال حيث قال في باب الشفعة بالعروض من المبسوط بعدما ذكر وجوه الحيل والاستعمال بهذه الحيل لابطال حق الشفعة لا باس به أما قبل وجوب الشفعة فلا اشكال فيه وكذلك بعد الوجوب اذا لم يكن قصد المشتري الاضرار به وانما قصده الدفع عن ملك نفسه ثم قال وقيل هذا قول أبي يوسف واما عند محمد فيكره ذلك على قياس اختلافهم في الاحتيال لاسقاط الاستبراء والمنع من وجوب الزكاة انتهى قال الامام قاضيخان في فتاواه ذكر محمد رحمة الله عليه في الاصل الحيلة في اسقاط الشفعة ولم يذكر الكراهة قالوا على قول أبي يوسف لا تكره وعلى قول محمد تكره وهذا بمنزلة الحيلة لمنع وجوب الزكاة ومنع الاستبراء على قول أبي يوسف لا تكره وقال بعض المشايخ تكره الحيلة لاسقاط الشفعة بعد الوجوب لانه احتيال لابطال حق واجب وقبل الوجوب ان كان الجار فاسقا يتأذى منه فلا بأس به وقال الشيخ الامام شمس الائمة السرخسي لا بأس بالاحتيال لابطال حق الشفعة على كل حال أما قبل وجوب الشفعة فلا شك كما لو ترك اكتساب المال لمنع وجوب الزكاة وبعد وجوب الشفعة لا يكره الاحتيال أيضا لانه احتيال لدفع الضرر عن نفسه لا للاضرار بالغير فظاهر ما ذكر في الكتاب دليل على هذا الى هنا لفظ فتاوى قاضيخان

(كتاب القسمة)

مناسبة القسمة بالشفعة من حيث ان كلا منهما من نتائج النصيب الشائع لما أن أقوى أسباب الشفعة الشركة فأحد الشريكين اذا أراد الافتراق مع بقاء ملكه طلب القسمة ومع عدم بقائه باع فوجبت عنده الشفعة هذا زبدة ما في عامة الشروح وقال في النهاية ومعراج الدراية بعد ذلك أو لان القسمة نافية للشفعة

اذا سلم الوكيل الشفعة والصحيح ان تسليمه كاقراره (قوله وقيل لا يصح التسليم بالاتفاق) لانه لا يملك الاخذ فلا يملك التسليم هذا هو الاصح (قوله وان بيعت بأقل من قيمتها محاباة كثيرة فعن أبي حنيفة رحمه الله لا يصح التسليم منهما ولا رواية عن أبي يوسف رحمه الله) كذا في الهداية وذكر في الحصر والمختلف اذا سلم الاب شفعة الصغير والشراء باقل من قيمته بكثير فعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يجوز أيضا لانه امتناع عن ادخاله في ملكه لا ازالة عن ملكه فلم يكن تبرعا وعن محمد رحمه الله انه لا يجوز لانه بمنزلة التبرع بماله ولا رواية عن أبي يوسف رحمه الله والله أعلم بالصواب

(كتاب القسمة)

القسمة هي جمع النصيب الشائع في معين وجوازها بالكتاب قال الله تعالى ونبئهم ان الماء قسمة بينهم قال الله تعالى لها شرب ولكم شرب يوم معلوم والسنة فقد باشرها النبي عليه السلام في الغنائم والمواريث واجماع الامة وركنها الفعل الذي يقع به الافراز كالكيل والوزن والعد والذرع في الكيلي والوزني والعددي والذرعي وشرطها ان لا تتبدل المنفعة بالقسمة ولا تفوت لانها لافراز مال كل واحد قبل القسمة من الملك والمنفعة وانما يتحقق هذا اذا بقي المفرز على ما كان قبل الافراز باصله ومنافعه فاما اذا تبدل يكون تبديلا لا افرازا لانها

أو الغبن اليسير من المثل (فان بيعت بأكثر من قيمتها) بغبن فاحش (قيل جاز التسليم بالاجماع) يعني من غير خلاف لمحمد وزفر لانه تمحض نظرا وقيل لا يصح بالاتفاق (وهو الاصح) لانه لا يملك الاخذ فلا يملك التسليم (كالاجنبي) فيكون الصبي على حقه اذا بلغ (وان بيعت باقل من قيمتها بمحاباة كثيرة فعن أبي حنيفة لا يصح التسليم) منهما واذا لم يصح عنده لا يصح عند محمد وزفر أيضا لانه لما لم يصح تسليمها اذا بيعت بمثل الثمن فلان لا يصح اذا بيعت باقل بمحاباة كثيرة أولى وانما خص قول أبي حنيفة رحمه الله بالذكر لان المحاباة الكثيرة لا تخرجها عن كونها بمعنى التجارة ولهما ولاية الامتناع عن الاتجار في مال الصغير ولكن قال لا يصح التسليم في هذا لان تصرفهما في ماله انما يكون بالتي هي أحسن وليس تركها ههنا كذلك ولهذا المعنى أيضا خص قول أبي يوسف بقوله (ولا رواية عن أبي يوسف) لانه كان مع أبي حنيفة في صحة التسليم فيما اذا بيعت بمثل قيمتها والله أعلم بالصواب

(كتاب القسمة)

أقول يعني في محل الخصومة الخ

(كتاب القسمة)

طلب القسمة ومع عدمه باع ووجب عنده الشفعة وقدم الشفعة لان بقاء ما كان على ما كان أصل وهي في اللغة اسم للاقتسام كالقدوة للاقتداء وفي الشريعة جمع النصيب الشائع في مكان معين وسببها طلب أحد الشركاء الانتفاع بنصيبه على الخلوص وركنها ما يحصل به الافراز والتمييز بين النصيبين كالكيل في المكيلات والوزن في الموزونات والذرع في المذروعات والعد في المعدودات وشرطها أن لا تفوت منفعته بالقسمة ولهذا لا يقسم الحائط والحمام ونحوهما وهي مشروعة في الاعيان المشتركة لان النبي عليه الصلاة والسلام باشرها في المغانم والمواريث وغير ذلك وجرى التوارث بها من غير نكير ثم هي لا تعرى عن معنى المبادلة سواء كانت في ذوات الامثال أو في غير ذوات الامثال لان ما يجتمع لاحدهما بعضه كان له وبعضه لصاحبه فهو يأخذه عوضا عما بقي من حقه في نصيب صاحبه فعلى هذا كانت القسمة مبادلة وافرازا والمعنى من الافراز هو أن

(قوله وقدم الشفعة الخ) أقول أو يقال قدم الشفعة لعمومها الشركة والجوار بخلاف القسمة (قوله لان بقاء ما كان على ما كان أصل) أقول يعني الشركة وأنت خبير بان في القسمة أيضا بقاء الملك

القسمة في الاعيان المشتركة مشروعة لان النبي عليه السلام باشرها في المغانم والمواريث وجرى التوارث بها من غير نكير ثم هي لا تعرى عن معنى المبادلة لان ما يجتمع لاحدهما بعضه كان له وبعضه كان لصاحبه فهو يأخذه عوضا عما بقي من حقه في نصيب صاحبه فكان مبادلة وافرازا والافراز هو الظاهر في المكيلات والموزونات لعدم التفاوت حتى كان لاحدهما أن يأخذ نصيبه حال غيبة صاحبه ولو اشترياه فاقتسماه يبيع أحدهما نصيبه مرابحة بنصف الثمن ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض للتفاوت

قاطعة لوجوبها رجوعا الى قوله عليه الصلاة والسلام الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة والنفي يقتضي سبق الثبوت فكانت بين الشفعة والقسمة مناسبة المضادة والمتضادان يفترقان أبدا مع تقدم المثبت على المنفي كما في الامر والنهي والنكاح والطلاق انتهى أقول فيه بحث لان كون القسمة نافية للشفعة قاطعة لوجوبها رجوعا الى قوله عليه الصلاة والسلام الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة انما يمشي على أصل الشافعي فانه لم يجوز الشفعة بالجوار واستدل عليه بالحديث المذكور وأما على أصل أئمتنا فلا لانهم جوزوا الشفعة بالجوار أيضا واستدلوا عليه باحاديث أخرى وأجابوا عن استدلاله بالحديث المذكور بان آخر الحديث وهو قوله فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة ليس بثابت ولئن ثبت فمعناه نفي الشفعة بسبب القسمة الحاصلة بوقوع الحدود وصرف الطرق فان القسمة لما كان فيها معنى المبادلة كان الموضع موضع أن يشكل انه هل يستحق بها الشفعة كالبيع فبين عليه الصلاة والسلام عدم ثبوت الشفعة بها وقد مر الجواب بهذا التفصيل عن استدلال الشافعي بالحديث المذكور في أوائل كتاب الشفعة في عامة الشروح حتى النهاية ومعراج الدراية فما معنى بناء وجه المناسبة ههنا على ما هو المزيف هناك ثم ان القول بان النفي يقتضي سبق الثبوت ينافي ما تقرر في المعقولات من أن السلب لا يقتضي وجود الموضوع وأن القول بان المتضادين يفترقان أبدا مع تقدم المثبت على المنفي ممنوع ألا ترى الى قوله تعالى وجعل الظلمات والنور وقوله تعالى خلق الموت والحياة ونحو ذلك كيف تقدم المنفي هناك على المثبت قال صاحب العناية وقدم الشفعة لان بقاء ما كان على ما كان أصل انتهى أقول فيه نظر وهو أنه كما أن في الشفعة بقاء ما كان على ما كان حيث يبقى فيها الشيوع على حاله وان زال ملك أحد الشريكين كذلك في القسمة بقاء ما كان على ما كان حيث يبقى فيها ملك أحد الشريكين في البعض على حاله وان زال الشيوع بل هذا البقاء هو المناسب لما ذكروا في وجه مناسبة القسمة بالشفعة من أن أحد الشريكين اذا أراد الافتراق مع بقاء ملكه طلب القسمة ومع عدم بقائه باع فوجب عنده الشفعة فكون بقاء ما كان على ما كان أصلا لا يرجح تقديم الشفعة كما لا يخفى ثم ان القسمة في اللغة اسم للاقتسام كالقدوة للاقتداء والاسوة للائتساء وفي الشريعة جمع النصيب الشائع في مكان معين وسببها طلب أحد الشريكين الانتفاع بنصيبه على الخلوص وركنها الفعل الذي يحصل به الافراز والتمييز بين النصيبين كالكيل في المكيلات والوزن في الموزونات والذرع في المذروعات والعد في المعدودات وشرطها أن لا تفوت المنفعة بالقسمة ولهذا لا يقسم الحائط والحمام وما أشبه ذلك (قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض للتفاوت حتى لا يكون لاحدهما أخذ نصيبه عند غيبة الآخر ولو اشترياه فاقتسماه لا يبيع أحدهما نصيبه مرابحة بعد القسمة) وتحقيقه أن ما يأخذه كل واحد منهما ليس بمثل لما تركه على صاحبه بيقين فلم يكن بمنزلة أخذ العين حكما كذا في العناية أقول هنا اشكال وهو أنه قد علم مما ذكرآنفا في الكتاب والشروح أن القسمة لا تعرى عن معنى المبادلة والافراز في جميع الصور سواء كانت في ذوات الامثال أو في غير ذوات الامثال لانه ما من جزء معين الا وهو مشتمل على النصيبين فما يأخذه كل واحد منهما بعضه كان ملكه لم

لا تنفك عن المبادلة والافراز لانه ما من جزء الا وهو مشتمل على النصيبين فكان ما يأخذ كل واحد منهما نصف ملكه ولم يستفد من صاحبه فكان افرازا والنصف الآخر كان لصاحبه فصار له عوضا عما في يد صاحبه

حتى

حتى لايكون لاحدهما أخذ نصيبه عند غيبة الآخر ولو اشترياه فاقتسماه لا يبيع أحدهما نصيبه مرابحة بعد القسمة الا أنها اذا كانت من جنس واحد أجبر القاضي على القسمة عند طلب أحد الشركاء لان فيه معنى الافراز لتقارب المقاصد

يستفده من صاحبه وبعضه الآخر كان لصاحبه فصار له عوضا عما بقي من حقه في يد صاحبه فكانت القسمة في كل صورة بالنظر الى البعض الذي كان ملكه افرازا وبالنظر الى البعض الآخر مبادلة واذا كان الامر كذلك فكون معنى المبادلة هو الظاهر في غير ذوات الامثال كالحيوانات والعروض غير واضح اذ غاية الامر أن البعض الذي يأخذه كل واحد منهما عوضا عما بقي من حقه في يد صاحبه ليس بمثل بيقين لما ترك على صاحبه من حقه في غير ذوات الامثال فلم يكن أخذ ذلك بمنزلة أخذ عين حقه حكما فلم يتحقق معنى الافراز فيه بالنظر الى ذلك البعض ولا يلزم منه أن لا يتحقق الافراز فيه بالنظر الى البعض الذي هو عين حقه في الحقيقة اذ لا شك أن أخذه هذا البعض افراز لا يتصور فيه مبادلة فقد تحقق في غير ذوات الامثال بالنظر الى ما يأخذه كل واحد منهما من عين حقه افراز بدون المبادلة وبالنظر الى ما يأخذه من نصيب صاحبه مبادلة بدون الافراز فكان معنيا الافراز والمبادلة فيه متساويين فمن أين ثبت ظهور معنى المبادلة فيه كما ادعوه قاطبة بخلاف ما قالوا في ذوات الامثال كالمكيلات والموزونات من ظهور معنى الافراز فيها فانه واضح لان أخذ كل واحد منهما فيها ما هو عين حقه من نصيبه افراز بلا شبهة وأخذ كل واحد منهما فيها ما هو نصيب صاحبه بمنزلة أخذ عين حقه لكون نصيب صاحبه فيها مثل حقه بيقين وأخذ المثل بيقين يجعل كأخذ العين حكما كما في القرض فتحقق فيها معنى الافراز بالنظر الى البعض الآخر أيضا فكان هو الظاهر فيها والحاصل انهم لو قالوا معنى الافراز ظاهر في ذوات الامثال وغير ظاهر في غير ذوات الامثال بل معنيا الافراز والمبادلة سيان فيه لكان الامر هينا ولما قالوا معنى المبادلة ظاهر في غير ذوات الامثال أشكل ذلك كما ترى وذكر صاحب النهاية وجها أبسط مما ذكر في العناية لظهور معنى المبادلة في غير ذوات الامثال ناقلا عن المغني حيث قال ومعنى المبادلة هو الظاهر في غير ذوات الامثال كما هو به صرح في المغني وغيره فقال في المغني وأما القسمة في غير ذوات الامثال فشبه المبادلة فيها راجح لانها افراز حكما من وجه ومن حيث الحقيقة فهي مبادلة من كل وجه أما الحقيقة فظاهر وأما الحكم فلان نصف ما يأخذه كل واحد منهما مثل لما ترك على صاحبه باعتبار القيمة وأخذ المثل كأخذ العين حكما فكان افرازا الا أن ما يأخذ كل واحد منهما ليس بمثل لما ترك على صاحبه بيقين لان المقسوم ليس من ذوات الامثال وفيما ليس من ذوات الامثال لا تثبت المعادلة بيقين فالافراز مع المبادلة استويا في الحكم ثم ترجحت المبادلة بالحقيقة الى هنا كلامه أقول لا يذهب عليك أن الاشكال الذي ذكرناه يتجه عليه مع زيادة لانه انما يدل على تحقق رجحان معنى المبادلة فيما يأخذه كل واحد منهما من نصيب صاحبه عوضا عما ترك على صاحبه من حق نفسه لا على تحقق رجحان ذلك في المقسوم كله كيف وما يأخذه كل واحد منهما من نصيب نفسه لا يوجد فيه الا الافراز محض لان معنى الافراز أن يقبض عين حقه وأخذ كل واحد منهما نصيب نفسه قبض لعين حقه لا غير والمدعى رجحان المبادلة في القسمة الشاملة لجميع أجزاء المقسوم في غير ذوات الامثال وهو غير لازم من الوجه المذكور بل فيه دلالة على رجحان معنى الافراز في ذلك اذ لا شك أن أخذ كل واحد منهما عين حقه من نصيب نفسه افراز محض واذا كان أخذ كل واحد منهما نصيب صاحبه أخذ المثل ما ترك على صاحبه من حق نفسه باعتبار القيمة وكان أخذ ذلك المثل كأخذ العين حكما فكان افرازا كما صرح به في الوجه المذكور كان معنى الافراز في ذلك ظاهرا راجحا لتحققه في جميع أجزاء المقسوم وتحقق المبادلة في بعضها كما حققته (قوله الا أنها اذا كانت من جنس واحد أجبر القاضي على القسمة عند طلب أحد الشركاء لان فيه معنى الافراز لتقارب المقاصد) هذا

فكان مبادلة الا أن معنى الافراز والتمييز في المكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة أظهر لعدم التفاوت بين أبعاضها ومعنى المبادلة أظهر في الحيوانات والعروض لوجود التفاوت بين أبعاضها فلا يمكن ان يجعل كأنه أخذ حقه (قوله الا انها اذا كانت من جنس واحد) أجبر القاضي على القسمة عند طلب أحد

يقبضه بعين حقه والافراز هو الظاهر في المكيلات والموزونات فكان كل ما أخذ أحدهما من نصيبه مثل ما ترك عليه بيقين فأخذ مثل الحق بيقين بمنزلة أخذ العين ألا ترى أن أخذ المثل في القرض جعل كأخذ العين فجعل القرض بذلك بمنزلة العارية فكان الافراز فيها أظهر لا محالة ولهذا كان لاحدهما أن يأخذ نصيبه حال غيبة صاحبه ولو اشترياه واقتسماه جاز لاحدهما أن يبيع نصيبه مرابحة بنصف الثمن ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض للتفاوت حتى لا يكون لاحدهما أخذ نصيبه عند غيبة الآخر ولو اشترياه فاقتسماه لا يبيع أحدهما نصيبه مرابحة بعد القسمة وتحقيقه أن ما يأخذ كل واحد منهما ليس بمثل لما ترك على صاحبه بيقين فلم يكن بمنزلة أخذ العين حكما ولما استشعر أن يقال لو كان معنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض لما أجبر الآبي على القسمة في ذلك أجاب بقوله الا أنها اذا كانت من جنس واحد أجبر القاضي على القسمة عند طلب أحد الشركاء لان فيه معنى الافراز لتقارب المقاصد ولا منافاة بين الجبر

والمبادلة مما يجرى فيه الجبر كما فى قضاء الدين وهذا لان أحدهم بطلب القسمة يسأل القاضى أن يخصه بالانتفاع بنصيبه ويمنع الغير عن الانتفاع بملكه فيجب على القاضى اجابته وان كانت أجناسا مختلفة لا يجبر القاضى على قسمتها لتعذر المعادلة باعتبار فحش التفاوت فى المقاصد ولو تراضوا عليها جاز لان الحق لهم قال (وينبغى للقاضى أن ينصب قاسما يرزقه من بيت المال ليقسم بين الناس بغير أجر) لان القسمة من جنس عمل القضاء من حيث انه يتم به قطع المنازعة فاشبه رزق القاضى ولان منفعة نصب القاسم تعم العامة فتكون

جواب سؤال مقدر يرد على قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر فى الحيوان والعروض بان يقال لو كان معنى المبادلة هو الظاهر فى ذلك لما أجبر الآبى على القسمة فى غير ذوات الامثال كذا فى عامة الشروح أقول ههنا أيضا اشكال وهو أنه ان أريد بقوله لان فيه معنى الافراز أن فيه معنى الافراز بالنظر الى النصيب الذى يأخذه أحد الشركاء لعين حقه فلا يجدى نفعا فى دفع السؤال اذ يبقى الكلام حينئذ فى الاجبار على أخذ النصيب الآخر الذى يتحقق معنى المبادلة بالنظر اليه ويظهر على ما قالوا وان أريد بذلك أن فيه معنى الافراز بالنظر الى النصيب الذى كان لصاحبه ويأخذه عوضا عما ترك على صاحبه من حق نفسه كما هو الملائم لقوله لتقارب المقاصد فذلك ينافى ما تقدم من القول بان معنى المبادلة هو الظاهر فى غير ذوات الامثال اذ لا شك فى تحقق معنى الافراز فيه بالنظر الى النصيب الذى يأخذه أحد الشركاء لعين حقه واذا تحقق فيه معنى الافراز بالنظر الى النصيب الآخر أيضا كان معنى الافراز فيه ظاهرا جدا فلا يتصور القول بان معنى المبادلة هو الظاهر فيه فتامل ثم أقول لو قال المصنف لان فيه امكان المعادلة بدل قوله لان فيه معنى الافراز لكان سالما عن هذا الاشكال وكان مناسبا لامحالة لقوله لتعذر المعادلة فى تعليل عدم الاجبار على القسمة فيما اذا كانت أجناسا مختلفة كما سيأتى تبصر تقف (قوله والمبادلة مما يجرى فيه الجبر كما فى قضاء الدين) يعنى انه لا منافاة بين الجبر والمبادلة لانهما مما يجرى فيه الجبر كما فى قضاء الدين فان المديون يجبر على قضاء الدين والديون تقضى بامثالها على ما عرف فصار ما يؤدى المديون بدلا عما فى ذمته أقول لقائل أن يقول جريان الجبر فى قضاء الدين لكون ما أخذه الدائن من البدل مثل ما ثبت فى ذمة المديون بيقين وقد صرحوا بان أخذ مثل الحق بيقين بمنزلة أخذ العين وعن هذا جعلوا أخذ المثل فى القرض كاخذ العين فجعلوا القرض لذلك بمنزلة العارية بخلاف ما نحن فيه من غير ذوات الامثال فان ما يأخذه أحد الشركاء فيه من نصيب الآخر ليس مثل ما ترك عليه من حق نفسه بيقين فلم يكن بمنزلة أخذ عين الحق وعن هذا قالوا ان معنى المبادلة فيه هو الظاهر فمن ذلك نشأ السؤال المقدر واحتيج الى الجواب الذى نحن بصدده فكيف يتم قياس جريان الجبر فيما نحن فيه على جريانه فى قضاء الدين مع تحقق الفرق الواضح بينهما (قوله ولو تراضوا عليها جاز لان الحق لهم) قال صاحب العناية فى شرح هذا المحل ولو تراضوا على ذلك جاز لان القسمة فى مختلف الجنس مبادلة كالتجارة والتراضى فى التجارة شرط بالنص انتهى أقول هذا

الشركاء) جواب لسؤال يرد على قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر فى الحيوانات والعروض وفى المغنى فان قيل لو كان الرجحان للمبادلة لكان لا يجبر الآبى عليها أى فى غير ذوات الامثال وبالاجماع يجبر وكذلك لا يثبت حكم الغرور فيها حتى ان الشريكين اذا اقتسما دارا أو أرضا بينهما وبنى أحدهما فى نصيبه بناء ثم جاء مستحق واستحق الطائفة التى بنى فيها ونقض بناءه لا يرجع على صاحبه بقيمة البناء ولو كان الرجحان لجانب المبايعة لثبت الغرور كما لو اشترى قلنا الجبر على هذه المبايعة باعتبار حق مستحق للغير ألا ترى ان المشترى يجبر على تسليم الدار الى الشفيع وان كان التسليم اليه مبايعة لحق الشفيع ألا ترى ان المديون يحبس حتى يبيع ماله ويقضى الدين فجريان الجبر عليها لا ينفى كونها مبايعة وأما الثانى قلنا انما لا يثبت الغرور لان كل واحد منهما مضطر الى هذه المبايعة لانه يحتاج الى تخليص حقه ومنع صاحبه عن الانتفاع بملكه ولا يمكنه ذلك الا بهذه المبايعة فيكون مضطرا الى هذه المبايعة لاحياء حقه والجبر كما يثبت بالاكراه يثبت بالحاجة الى احياء الحق كصاحب العلو اذا بنى السفل واذا كان مجبرا على هذه المبايعة لا يثبت فيها حكم الغرور كالشفيع اذا

والمبادلة لانهما مما يجرى فيه الجبر كما فى قضاء الدين فان المديون يجبر على القضاء مع ان الديون تقضى بامثالها فصار ما يؤدى بدلا عما فى ذمته وهذا جبر فى المبادلة قصدا وقد جاز فلان يجوز بلا قصد اليه أولى وهذا لان أحدهم بطلب القسمة يسال القاضى أن يخصه بالانتفاع بنصيبه ويمنع الغير عن الانتفاع بملكه فيجب على القاضى اجابته فكان القصد الى الانتفاع بنصيبه على الخلوص دون الاجبار على غيره وان كانت من أجناس مختلفة كالابل والبقر والغنم لا يجبر القاضى الآبى على قسمته لتعذر المعادلة باعتبار فحش التفاوت فى المقاصد ولو تراضوا على ذلك جاز لان القسمة فى مختلف الجنس مبادلة كالتجارة والتراضى فى التجارة شرط بالنص قال (وينبغى للقاضى أن ينصب قاسما) كلامه واضح الا ما ننبه عليه

كفايته في مالهم غرما بالغنم قال (فان لم يفعل نصب قاسما يقسم بالاجر) معناه باجر على المتقاسمين لان النفع لهم على الخصوص ويقدر أجر مثله كي لا يتحكم بالزيادة والافضل أن يرزقه من بيت المال لانه أرفق بالناس وأبعد عن التهمة (ويجب أن يكون عدلا مأمونا عالما بالقسمة) لانه من جنس عمل القضاء ولانه لابد من القدرة وهي بالعلم ومن الاعتماد على قوله وهو بالامانة (ولا يجبر القاضي الناس على قاسم واحد) معناه لا يجبرهم على أن يستاجروه لانه لاجبر على العقود ولانه لو تعين لتحكم بالزيادة على أجر مثله (ولو اصطلحوا فاقتسموا جاز الا اذا كان فيهم صغير فيحتاج الى أمر القاضي) لانه لا ولاية لهم عليه (ولا يترك القسام يشتركون) كي لا تصير الاجرة غالية بتواكلهم وعند عدم الشركة يتبادر كل منهم اليه خيفة الفوت فيرخص الاجر قال (وأجرة القسمة على عدد الرؤس عند أبي حنيفة وقالا على قدر الانصباء) لانه مؤنة الملك فتتقدر

الشرح غير مطابق للمشروح وليس بتام في نفسه لانه ان أراد أن القسمة في مختلف الجنس مبادلة محضة كالتجارة فهو ممنوع كيف وقد تقرر فيما مر أن القسمة مطلقا لا تعرى عن معنى المبادلة والافراز الا أن معنى الافراز هو الظاهر في ذوات الامثال ومعنى المبادلة هو الظاهر في غيرها وان أراد أن المبادلة في قسمة مختلف الجنس هي الظاهرة فهو مسلم لكن الامر كذلك في قسمة غير مختلف الجنس من غير ذوات الامثال مع أن التراضي ليس بشرط فيها على أن كون التراضي شرطا في التجارة بالنص لا يدل على كون ذلك شرطا في قسمة مختلف الجنس أيضا لان قسمته ليست في معنى التجارة من كل الوجوه اذ القسمة مطلقا لا تعرى عن معنى الافراز البتة بخلاف التجارة فكيف تلحق احداهما بالاخرى والحق عندي أن معنى كلام المصنف هنا هو أنهم لو تراضوا عليها جاز لان الحق لهؤلاء دون غيرهم وعدم الجبر على قسمة مختلف الاجناس لخوف أن يبقى حق أحدهم على الآخر لتعذر المعادلة باعتبار فحش التفاوت في المقاصد واذا تراضوا على ذلك فقد أسقط كل واحد منهم حقه الباقي على الآخر فصحت القسمة بلا ريب انظر الى هذا المعنى الوجيه الواضح هل يشبه بما ذكره ذلك الشارح (قوله معناه باجر على المتقاسمين لان النفع لهم على الخصوص) أقول قوله لان النفع لهم على الخصوص ينافي بحسب الظاهر قوله فيما مر آنفا ولان منفعة نصب القاسم تعم العامة فتكون كفايته في مالهم غرما بالغنم فتامل في التوفيق (قوله ويجب أن يكون عدلا مأمونا عالما بالقسمة) قال تاج الشريعة ذكر الامانة بعد العدالة وان كانت من لوازمها لجواز أن يكون غير ظاهر الامانة انتهى واقتفى أثره صاحب الكفاية ثم صاحب العناية ورد هذا التوجيه بعض العلماء في حاشيته على شرح الوقاية فان صاحب الوقاية لما اكتفى بقوله ويجب كونه عدلا عالما بها قال ذلك البعض لم يقل عدلا مأمونا عالما بها كما وقع في الهداية لان الامانة من لوازم العدالة وقالوا التوجيه بجواز أن يكون غير ظاهر الامانة كما وقع في الكفاية ليس بتام لان ظهور العدالة يستلزم ظهورها كما لا يخفى اهـ أقول المذكور في الهداية نفس العدالة لا ظهورها فاستلزام ظهورها ظهور الامانة لا يقتضي استدراك ذكر الامانة المراد بها ظهورها فان قلت فلم

أخذ الدار من المشترى بقضاء القاضي (قوله فان لم يفعل نصب قاسما يقسم بالاجر) وفي الذخيرة ويجوز للقاضي ان يأخذ على القسمة أجرا ولكن المستحب له ان لا يأخذ وهذا لان القسمة ليست بقضاء على الحقيقة حتى لا يفرض على القاضي مباشرتها وانما الذي يفرض عليه جبر الآبي على القسمة الا ان لها شبها بالقضاء من حيث انها تستفاد بولاية القضاء حتى ملك القاضي جبر الآبي ولم يملك الاجنبي ذلك فمن حيث انها ليست بقضاء جاز أخذ الاجر عليها ومن حيث انها تشبه القضاء يستحب ان لا يأخذ الاجر عليها (قوله وأبعد من التهمة) أي تهمة الميل الى أحد المتقاسمين بسبب ما يعطيه بعض الشركاء زيادة (قوله عدلا مأمونا) ذكر الامانة بعد العدالة وان كانت من لوازمها لجواز ان يكون غير ظاهر الامانة (قوله ولو اصطلحوا فاقتسموا) أي الشركاء لم يرفعوا الامر الى القاضي بل اقتسموا بانفسهم باصطلاحهم فهو جائز لان في القسمة معنى المعاوضة فتثبت بالتراضي كما في سائر المعاوضات (قوله ولا يترك القسام يشتركون) أي لا يخلي القاضي القاسمين

(قوله لانه أرفق بالناس وأبعد عن التهمة) لانه متى يصل اليه أجره على كل حال لا يميل بأخذ الرشوة الى البعض ويجوز للقاضي أن يقسم بنفسه ويأخذ على ذلك من المتقاسمين أجرا لكن الاولى أن لا يأخذ وهذا لان القسمة ليست بقضاء على الحقيقة حتى لا يفترض على القاضي مباشرتها وانما الذي يفترض عليه جبر الآبي على القسمة الا أن لها شبها بالقضاء من حيث انها تستفاد بولاية القضا فان الاجنبي لا يقدر على الجبر فمن حيث انها ليست بقضاء جاز أخذ الاجر عليها ومن حيث انها تشبه القضاء يستحب أن لا يأخذ قوله (عدلا مأمونا) ذكر الامانة بعد العدالة وان كانت من لوازمها لجواز أن يكون غير ظاهر الامانة (قوله ولو اصطلحوا فاقتسموا) يعني لم يرفعوا الامر الى الحاكم بل اقتسموا بانفسهم

(قال المصنف لانه أرفق بالناس وأبعد عن التهمة) أقول لعل المراد تهمة الاخذ على ما هو من جنس القضاء أجرا (قوله لانه متى يصل اليه أجره على كل حال الخ) أقول فيه بحث (قوله لا يميل باخذ الرشوة) أقول أي لا يميل لفقره

باصطلاحهم فهو جائز لما أن في القسمة معنى المعاوضة فتثبت بالتراضي كما في سائر المعاوضات وقوله (كأجرة الكيال والوزان وحفر البئر المشتركة) يعني اذا استأجر والكيال ليفعل الكيل فيما هو مشترك بينهم فالاجرة على قدر الانصباء وكذلك الوزان والحافر (وقوله ان الاجر مقابل بالتمييز ولانه لا يتفاوت) تحقيقه أن القاسم لا يستحق الاجر بالمساحة ومد الاطناب والمشي على الحدود لانه لو استعان في ذلك بار باب الملك استوجب كمال الاجر اذ اقسم بنفسه فدل على أن الاجرة في مقابلة القسمة وربما يصعب الحساب بالنظر الى القليل لان الحساب يدق بتفاوت

الانصباء فلعل تمييز نصيب صاحب القليل أشق ويجوز أن يعسر عليه تمييز نصيب صاحب

الانصباء و يزداد دقة بقلة الكثير لكسور وقعت فيه فيتعذر اعتبار الكثرة والقلة فيتعلق الحكم باصل التمييز بخلاف حفر البئر لان الاجر مقابل بنقل التراب وهو يتفاوت وقوله (وان لم يكن للقسمة) بان اشتريا مكيلا أو موزونا وأمر انسانا بكيله ليصير الكل معلوم القدر (فالاجر بقدر الانصباء وهو العذر لو أطلق ولا يفصل) يعني لو أطلق أبو حنيفة رحمه الله في الجواب وقال أجرة الكيال بقدر عمله سواء كان الكيل للقسمة أولا فالعذر له في ذلك هو التفاوت لان عمله في ذلك لصاحب الكثير أكثر فكان أصعب والاجر بقدر العمل بخلاف القسام فانه قد ينعكس كما تقدم وقوله (ولا يفصل) تاكيد و بيان وقوله (وعنه) أي عن أبي حنيفة (ان الاجر كله على الطالب دون الممتنع لنفعه ومضرة الممتنع) قال (واذا حضر الشركاء عند القاضي الخ) اذا حضر الشركاء عند القاضي وفي أيديهم مال وطلبوا قسمته فاما أن يكون عقارا أو غيره فان كان عقارا فاما أن ادعوا أنهم ورثوه أو اشتروه أو سكتوا عن كيفية الانتقال اليهم فان كان الاول لم يقسمه القاضي حتى يقيموا البينة على موته وعدد ورثته عند أبي حنيفة رحمه الله (وقالا يقسمه باعترافهم) وان كان الثاني قسمه بينهم بالاتفاق المنقول

بقدره كأجرة الكيال والوزان وحفر البئر المشتركة ونفقة المملوك المشترك ولابي حنيفة أن الاجر مقابل بالتمييز وانه لا يتفاوت وربما يصعب الحساب بالنظر الى القليل وقد ينعكس الامر فيتعذر اعتباره فيتعلق الحكم باصل التمييز بخلاف حفر البئر لان الاجر مقابل بنقل التراب وهو يتفاوت والكيل والوزن ان كان للقسمة قيل هو على الخلاف وان لم يكن للقسمة فالاجر مقابل بعمل الكيل والوزن وهو يتفاوت وهو العذر لو أطلق ولا يفصل وعنه أنه على الطالب دون الممتنع لنفعه ومضرة الممتنع قال (واذا حضر الشركاء عند القاضي وفي أيديهم دار أو ضيعة وادعوا أنهم ورثوها عن فلان لم يقسمها القاضي عند أبي حنيفة حتى يقيموا البينة على موته وعدد ورثته وقال صاحباه يقسمها باعترافهم و يذكر في كتاب القسمة أنه قسمها بقولهم وان كان المال المشترك ما سوى العقار وادعوا أنه ميراث قسمه في قولهم جميعا ولو ادعوا في العقار أنهم اشتروه قسمه بينهم) لهما أن اليد دليل الملك والاقرار أمارة الصدق ولا منازع لهم فيقسمه بينهم كما في

لا يجوز أن يراد بالعدالة ظهورها كما أريد في الامانة حتى يستغني بذكر العدالة عن ذكر الامانة بالكلية

المعينين وأنفسهم على رأيهم في الاشتراك ولا يعينون بحيث لا يتجاوز أمر القسمة عنهم الى غيرهم لانه لو عينهم في الاستئجار لعل القسام يكلفون زيادة على أجر المثل فيتضرر به المتقاسمون بل يقول القاضي لكل واحد من القاسمين استبدانت بالقسمة من غير مشاركة الاجر فكان كل واحد منهم مأذونا مجازا بالقسمة من جانب القاضي (قوله كأجرة الكيال والوزان) يعني اذا استأجر الكيال ليفعل الكيل فيما هو مشترك بينهم فالاجرة على قدر الانصباء (قوله ولابي حنيفة رحمه الله ان الاجر مقابل بالتمييز وأنه لا يتفاوت) لان تمييز الاقل من الاكثر كتمييز الاكثر من الاقل و ربما يكون عمله في نصيب صاحب القليل أكثر لان الحساب يدق بقلة بعض الانصباء وقد يعسر تمييز نصيب صاحب الكثير بكسور وقع فيه ولما تعارض الوجهان اعتبر نفس التمييز (قوله وهو العذر) أي العذر هو ان الاجر مقابل بعمل الكيل والوزن لو أطلق ولا يفصل أي لو أريد اجراء المسئلة على الاطلاق من غير ان يفصل أنه للقسمة أولا والى هذا تر واية الاطلاق مال الامام شمس الائمة السرخسي رحمه الله حيث قال في المبسوط فاما أجر الكيال والوزان فقد قال بعض مشايخنا رحمه الله هو على الاختلاف فان المكيل والموزون يقسم بذلك والكيال والوزان بمنزلة القاسم ثم قال والاصح ان أبا حنيفة رحمه الله يفرق بينهما و يقول هناك انما استوجب الاجر بعمله في المكيل والموزون الكيل والوزن ألا ترى أنه لو استعان في ذلك بالشركاء لم يستوجب الاجر وعمله في ذلك لصاحب الكثير أكثر فكل عاقل يعرف ان كيل مائة قفيز يكون أكثر من كيل عشرة فلهذا كانت الاجرة عليهما بقدر الملك بخلاف القسام (قوله وعنه انه على الطالب) روى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله ان الاجر على الطالب للقسمة دون الممتنع وقال صاحباه عليهما لان الطالب للقسمة انما يطلب المنفعة نفسه والممتنع انما يمتنع لضرر يلحقه بها فلا معنى لايجاب الاجرة على من لا منفعة له (قوله وفي أيديهم دار أو ضيعة) قيد بهما لانه اذا كان في أيديهم عروض أو شئ مما ينقل قسم باقرارهم بالاتفاق (قوله وادعوا انهم ورثوها) قيد به لانهم لو ادعوا

(قال المصنف والكيل والوزن ان كان للقسمة فهو على الخلاف) أقول وهذا هو المناسب لتعليق الحكم باصل التمييز (قال المصنف وهو العذر لو أطلق ولا يفصل) أقول والاطلاق غير مناسب للتعليق المذكور الا أن يقال الحكمة لا تراعى في كل فرد ولكن تراعى في الانواع المضبوطة والوزن والكيل كذلك فليتامل ولكن يمكن جعل التمييز حكمه كما لا يخفى

وان كان الثالث قسمه بينهم على ماذكره وان كان غير عقار وادعوا أنه ميراث قسمه في قولهم جميعا لهما أن الامتناع عن القسمة اما أن يكون لشبهة في الملك أولتهمة في دعواه أولمنازع للمدعى في دعواه ولاشئ من ذلك بمتحقق لان اليد دليل الملك والاقرار أمارة الصدق والفرض عدم المنازع فيقسمه بينهم كما في المنقول الموروث والعقار المشترى وطلب البينة ليس بلازم لانها لاتكون الاعلى منكر ولامنكر ههنا فلاتفيد الا أنه يذكر في كتاب القسمة أى في الصك الذى يكتبه القاضى انه قسمه باعترافهم لئلا يكون حكمه متعديا الى غيرهم ولابى حنيفة أن القسمة قضاء على الميت اذ التركة قبل القسمة مبقاة على ملكه حتى لوحدثت الزيادة تنفذ وصاياه فيها وتقضى ديونه منها وعن هذا قالوا اذا أوصى بجارية لانسان فولدت قبل القسمة تنفذ الوصية فيهما بقدر الثلث كأنه أوصى بهما بخلاف مابعد القسمة فان الزيادة للموصى له فدل أن التركة مبقاة على ملك الميت فكانت القسمة قضاء على الميت فلابدله من حجة وهى اما اقرار الورثة أو بينتهم واقرارهم ليس بحجة على الميت فلابد من البينة وقوله وهو مفيد جواب عن قولهما فلا يفيد ذلك لان بعض الورثة ينتصب خصما بان يجعل أحد الحاضرين مدعيا والآخر مدعى عليه فان قيل كل منهما مقر بدعوى صاحبه والمقر لايصلح خصما للمدعى عليه أجاب بقوله ولا يمتنع ذلك أى كونه خصما بسبب اقراره لجواز اجتماع الاقرار مع كونه خصما كما فى الوارث أو الوصى المقر بالديون فانه انما يقضى عليهما بالبينة بديون الميت وان كانا مقرين بها وهذا لان المدعى يحتاج الى اثبات الدين فى حقهم وحق غيرهم لانه ربما يكون للميت غريم دينه ظاهر ودين المقر له باقرار الورثة لايظهر فى حقه فيحتاج الى اقامة البينة ليكون حقه فى جميع مال الميت ويلزم ذلك جميع الورثة

المنقول الموروث والعقار المشترى وهذا لانه لامنكر ولابينة الاعلى المنكر فلايفيد الاأنه يذكر فى كتاب القسمة أنه قسمها باقرارهم ليقتصر عليهم ولا يتعداهم وله أن القسمة قضاء على الميت اذ التركة مبقاة على ملكه قبل القسمة حتى لوحدثت الزيادة قبلها تنفذ وصاياه فيها وتقضى ديونه منها بخلاف مابعد القسمة واذا كانت قضاء على الميت فالاقرار ليس بحجة عليه فلابد من البينة وهو مفيد لان بعض الورثة ينتصب خصما

قلت ارادة ظهور العدالة من لفظ العدالة خلاف الظاهر لاتفهم من لفظها وحده بدون القرينة وأما ارادة ظهور الامانة من لفظ الامانة الواقعة فى الكتاب فبقرينة تقدم ذكر العدالة المستلزمة لنفس الامانة نعم لو قال فى الكتاب ابتداء ظاهر العدالة بدل قوله عدلا لحصل الغنى عن ذكر الامانة لكن مراد هؤلاء الشراح توجيه العبارة الواقعة فى الكتاب لا نفى مجال افادة المعنى المقصود ههنا بعبارة أخصر مما وقع فى الكتاب (قوله وهو مفيد لان بعض الورثة ينتصب خصما عن المورث ولا يمتنع ذلك باقراره كما فى الوارث أوالوصى المقر بالدين فانه تقبل البينة عليه مع اقراره) قال بعض الفضلاء وأنت خبير بانه لاأولوية لاحد الورثة بان يكون مدعيا والآخر بكونه مدعى عليه فكلاهما مجهول بخلاف المقيس عليه لتعين المدعى والمدعى عليه هناك وجوابه ظاهر فان القاضى اذا قال لاأقسم حتى تقيموا البينة على الموت وعدد الورثة هم يجعلون أحدهم مدعيا لحصل مقصودهم الى هنا كلامه أقول لااستشكاله شئ ولاجوابه أما الاول فلان للقاضى ولاية التعيين فى أمثال هذا المقام تحصيلا لمقصودهم فترتفع الجهالة بتعيينه وعن هذا قال فى الذخيرة فى بيان هذه المسئلة فالقاضى يسمع البينة ويقسم الدار ويجعل أحد الحاضرين مدعيا والآخر مدعى عليه على ان لكل واحد من الورثة الحاضرين صلوحا لان يكون مدعيا فى دعوى حق نفسه على الآخر ومدعى عليه فى دعوى الآخر حقه عليه فكل منهم يصير مدعيا ومدعى عليه من حيثيتين مختلفتين ونظير ذلك أكثر من أن يحصى فى مسائل الفقه فلاتتوهم الجهالة حينئذ أصلا وأما الثانى فلان مقتضاه أن يتوقف استماع القاضى البينة وقسمة الدار بينهم على جعلهم أحدهم على التعيين مدعيا ولم يسمع ذلك من أحد ولم ير فى شئ من الكتب فانهم ان لم يعلموا معنى المدعى والمدعى عليه أصلا فضلا عن أن يعلموا مثل هذه الدقيقة المعتبرة فى هذه المسئلة من انتصاب الورثة خصماء عن المورث يقسم القاضى الدار بينهم بالاجماع بعد أن أقاموا البينة على

الشراء من غائب قسم بينهم باقرارهم بالاتفاق (قوله الاأنه يذكر فى كتاب القسمة أنه قسمها باقرارهم ليقتصر عليهم ولا يتعداهم) وذلك لان حكم القسمة بالبينة بخلاف حكم القسمة بالاقرار لان حكم القسمة بالبينة يتعدى الى الغير حتى لوادعت أم ولد هذا الميت أو مدبره العتق فالقاضى يقضى لهما بالعتق ولا يكلفهما اقامة البينة على الموت وحكم القسمة بالاقرار لايتعدى ألا ترى انه لا يقضى بالعتق فى هاتين الصورتين الا ببينة تقوم على الموت كذا ذكره فى الفصل الثانى من قسمة الذخيرة (قوله وهو مفيد) جواب عن قولهما ولا بينة الا

(قوله وعن هذا قالوا اذا أوصى بجارية لانسان فولدت قبل القسمة الخ) أقول ستجئ المسئلة فى كتاب الوصية (قوله فكانت القسمة قضاء على الميت فلابدله من حجة) أقول يعنى لابد للقضاء من حجة (قال المصنف فالاقرار ليس بحجة عليه فلابد من البينة) أقول لا يلزم من هذا الدليل وجوب اقامة البينة على عدد الورثة فتأمل (قال المصنف وهو مفيد لان بعض الورثة ينتصب خصما عن المورث) أقول وأنت خبير بانه لاأولوية لاحد الورثة بان يكون مدعيا والآخر بكونه مدعى عليه فكلاهما مجهول بخلاف المقيس عليه لتعين المدعى والمدعى عليه هناك وجوابه ظاهر فان القاضى اذا قال لاأقسم حتى يقيموا البينة على الموت وعدد الورثة هم يجعلون أحدهم مدعيا ليحصل مقصودهم

ولا يثبت ذلك الا بالبينة (قوله بخلاف المنقول) جواب عن قولهما كما فى المنقول الموروث وهو على وجهين أحدهما قوله لان فى القسمة نظرا الخ والثانى أن المنقول مضمون على من وقع فى يده بعد القسمة وفى القسمة جعله مضمونا وفى ذلك نظر للميت بخلاف العقار عند أبى حنيفة رحمه الله فانه لا يصير مضمونا على من وقع فى يده عنده (وبخلاف المشترى) جواب عن قولهما والعقار المشترى على ظاهر الرواية فقد روى عن أبى حنيفة فى غير الاصول أن القاضى لا يقسمه بينهم وسوى بين الشراء والميراث ووجه الظاهر ما ذكره فى الكتاب أن المبيع بعد العقد لا يبقى على ملك البائع وان لم يقسم فلم تكن القسمة قضاء على الغير (قوله وان ادعوا الملك) هذا هو القسم الثالث الموعود ومعناه ظاهر قال المصنف رحمه الله (هذه) يعنى القسمة فيما بينهم من غير اقامة البينة (رواية كتاب القسمة) وأعاد لفظ الجامع الصغير لانه يفيد أنه لا يقسم حتى يقيما البينة على الملك لاحتمال أن يكون ما فى أيديهما ملكا لغيرهما فانهما لما لم يذكرا السبب احتمل أن يكون ميراثا فيكون ملكا للغير وأن يكون مشترى فيكون ملكا لهما لان الاصل أن تكون الاملاك فى يد ملاكها فلا تقسم احتياطا قيل هذا قول أبى حنيفة خاصة وعندهما تقسم بينهم الا انهما يقسمان فى الميراث بلا بينة ففى هذا أولى وقيل

عن المورث ولا يمتنع ذلك باقراره كما فى الوارث أو الوصى المقر بالدين فانه يقبل البينة عليه مع اقراره بخلاف المنقول لان فى القسمة نظر الحاجة الى الحفظ أما العقار فمحصن بنفسه ولان المنقول مضمون على من وقع فى يده ولا كذلك العقار عنده وبخلاف المشترى لان المبيع لا يبقى على ملك البائع وان لم يقسم فلم تكن القسمة قضاء على الغير قال (وان ادعوا الملك ولم يذكروا كيف انتقل اليهم قسمه بينهم) لانه ليس فى القسمة قضاء على الغير فانهم ما أقروا بالملك لغيرهم قال رضى الله عنه هذه رواية كتاب القسمة (وفى الجامع الصغير أرض ادعاها رجلان وأقاما البينة أنها فى أيديهما وأرادا القسمة لم يقسمها حتى يقيما البينة أنها لهما) لاحتمال أن يكون لغيرهما ثم قيل هو قول أبى حنيفة

موت المورث وعدد الورثة كما هو المفهوم من كتب الفقه باسرها (قوله وفى الجامع الصغير أرض ادعاها رجلان وأقاما البينة أنها فى أيديهما وأرادا القسمة لم يقسمها حتى يقيما البينة أنها لهما لاحتمال أن تكون لغيرهما) قال فى العناية أعاد لفظ الجامع الصغير لانه يفيد أنه لا يقسم حتى يقيما البينة على الملك لاحتمال أن يكون ما فى أيديهما ملكا لغيرهما فانهما لما لم يذكرا السبب احتمل أن يكون ميراثا فيكون ملكا للغير وأن يكون مشترى فيكون ملكا لهما لان الاصل أن تكون الاملاك فى يد ملاكها فلا يقسم احتياطا انتهى أقول لا يخفى على ذى فطنة سليمة ان قوله لان الاصل أن تكون الاملاك فى يد ملاكها غير مفيد ههنا بل هو مخل بالمقام لان ذلك الاصل أعنى كون الاملاك فى يد ملاكها يرجح كون ما فى أيديهما ملكا لهما فينبغى أن يقسم بدون اقامة البينة مع أن جواب مسئلة الجامع الصغير أن لا يقسم بدونها كما ترى فالصواب أن يترك تلك المقدمة فى تعليل مسئلة الجامع الصغير وانما يحتاج اليها فى بيان وجه رواية كتاب القسمة كما مرت من قبل واعترض بعض الفضلاء على قول صاحب العناية فانهما لما لم يذكرا السبب احتمل أن يكون ميراثا الى آخره حيث قال فيه بحث بل المحتمل هنا أن لا يكون ملكا لهما الا ارثا لا شراء كيف ولو كان ملكا لهما لتعرضا له وبه يظهر وجه التوفيق بين الروايتين فان فى الاولى ادعوا الملك اهـ أقول يمكن دفع ذلك بانه ان أراد أن المحتمل هنا أن لا يكون ملكا لهما أصلا لا غير فهو ممنوع وقوله كيف ولو كان ملكا لهما لتعرضا له غير تام فان عدم التعرض لشئ لا ينافى احتماله فى الواقع وانما ينافى تقرره وتعينه كيف ولو لم يكن الملك لهما احتمالا أصلا لما جاز استماع البينة له وان أراد أن ذلك أيضا محتمل هنا فهو مسلم لكن لا يضر ذلك بصحة التعليل الذى ذكره صاحب العناية لان مجرد احتمال أن يكون ميراثا وأن يكون مشترى يكفى فى أن لا يقسم بدون البينة احتياطا ثم ان هذا كله على تقدير استدراك قول صاحب العناية لان الاصل أن تكون الاملاك فى يد ملاكها لاخلاله بالفرق بين الروايتين كما نبهنا عليه آنفا وأما على تقدير اعتباره فى تعليل رواية الجامع الصغير كما فعله صاحب العناية فيسقط

على المنكر فلا يفيد لان بعض الورثة ينتصب خصما عن المورث فان قيل كيف يجعل خصما عنه والمقر لا يصلح خصما قلنا لما لم يعتبر اقراره عليه يجعل كالعدم كما لو ادعى رجل دينا على الميت وقدم وارثا من ورثته الى القاضى فاقر الوارث بحقه فاراد الطالب ان يقيم البينة عند القاضى على حقه ليكون حقه فى جميع مال الميت ويلزم ذلك جميع الورثة فان القاضى يقبل بينته ويحكم له بدينه فى جميع مال الميت لان المدعى يحتاج الى اثبات الدين فى حقه وحق غيره وكذا الوصى اذا أقر بالدين تقبل البينة عليه مع اقراره ابطلان اقراره (قوله وبخلاف المشترى) روى عن أبى حنيفة رحمه الله فى غير الاصول ان القاضى لا يقسمها بينهم فسوى بين الشراء والارث والفرق على الظاهر ان قضاءه بالقسمة فى المشترى لا يتضمن قطع حق البائع لان بعد البيع والتسليم لا يبقى على حكم ملك البائع وان لم يقسم فلا تكون القسمة قضاء على الغير بخلاف الارث (قوله

(قوله فانهما لما لم يذكرا السبب احتمل أن يكون ميراثا) أقول فيه بحث بل المحتمل هنا أن لا يكون ملكا لهما الا ارثا ولا شراء كيف ولو كان ملكا لهما لتعرضا له وبه يظهر وجه التوفيق بين الروايتين فان فى الاولى ادعوا الملك (قوله فيكون ملكا للغير) أقول يعنى الميت

وقيل قول الكل وهو الاصح لان القسمة نوعان قسمة لحق الملك لتكميل المنفعة وقسمة لحق اليد لاجل الحفظ والصيانة والثانى فى العقار غير محتاج اليه فتعين قسمة الملك وقسمة الملك تفتقر الى قيام الملك ولا ملك بدون البينة فامتنع الجواز قال (وان حضر وارثان وأقاما البينة على الوفاة وعدد الورثة والدار فى أيديهم ومعهم وارث غائب قسمها القاضى بطلب

الحاضرين وينصب للغائب وكيلا يقبض نصيبه) قيل قوله فى أيديهم ومعهم وارث غائب وقع سهوا من الناسخ والصحيح فى أيديهما لانها لو كانت فى أيديهم لكان البعض فى يد الغائب ضرورة وقد ذكر بعد هذا فى الكتاب وان كان العقار فى يد الوارث الغائب أو شئ منه لم يقسم وأجيب بانه أطلق الجمع وأراد المثنى بقرينة قوله وارثان وأقاما لكنه ملتبس (وكذا لو كان مكان الغائب صبى يقسم وينصب وصيا يقبض نصيبه لان فيه نظرا للغائب والصبى) لظهور نصيبهما بما فى يد الغير (ولا بد من اقامة البينة فى هذه الصورة) يعنى فيما اذا كان معهما صبى (عند أبى حنيفة رحمه الله) كما اذا كان معهما غائب (خلافا لهما كما ذكرنا من قبل) يريد به قوله لم يقسمها القاضى عند أبى حنيفة حتى يقيموا البينة على موته وعدد ورثته وقال صاحباه يقسمها باعترافهم (ولو كانوا مشترين لم يقسم مع غيبة أحدهم) وان أقاموا البينة على الشراء وذكر الفرق بينهما وهو واضح (قوله ويصير مغرورا بشراء المورث) صورته اشترى المورث جارية فمات واستولدها الوارث ثم استحقت يكون الولد حرا بالقيمة ويرجع الوارث بها على البائع كالمورث

وقيل قول الكل وهو الاصح لان قسمة الحفظ فى العقار غير محتاج اليه وقسمة الملك تفتقر الى قيامه ولا ملك فامتنع الجواز قال (واذا حضر وارثان وأقاما البينة على الوفاة وعدد الورثة والدار فى أيديهم ومعهم وارث غائب قسمها القاضى بطلب الحاضرين وينصب وكيلا يقبض نصيب الغائب وكذا لو كان مكان الغائب صبى يقسم وينصب وصيا يقبض نصيبه) لان فيه نظر الغائب والصغير ولا بد من اقامة البينة فى هذه الصورة عنده أيضا خلافا لهما كما ذكرنا من قبل (ولو كانوا مشترين لم يقسم مع غيبة أحدهم) والفرق أن ملك الوارث ملك خلافة حتى يرد بالعيب ويرد عليه بالعيب فيما اشتراه المورث أو باع ويصير مغرورا بشراء المورث فانتصب أحدهما خصما عن الميت فيما فى يده والآخر عن نفسه فصارت القسمة قضاء بحضرة المتخاصمين أما الملك الثابت بالشراء ملك مبتدأ ولهذا لا يرد بالعيب على بائع بائعه فلا يصلح الحاضر خصما عن الغائب فوضح

جدا ما ذكره ذلك القائل من احتمال أن لا يكون ملكا لهما أصلا لدلالة ثبوت أيديهما على أن ما فيها ملك لهما ويكون سبب عدم تعرضهما لكونه ملكا لهما هو الاعتماد على دلالة ذلك عليه فتدبر (قوله وقيل قول الكل وهو الاصح لان قسمة الحفظ فى العقار غير محتاج اليه وقسمة الملك تفتقر الى قيامه ولا ملك فامتنع الجواز) يعنى أن القسمة نوعان قسمة لحق الملك لتكميل المنفعة وقسمة لحق اليد لاجل الحفظ والصيانة والثانى فى العقار غير محتاج اليه فتعين قسمة الملك وقسمة الملك تفتقر الى قيام الملك ولا ملك بدون البينة فامتنع الجواز كذا فى العناية أقول لقائل أن يقول ان هذا التقرير يقتضى أن لا تجوز القسمة بدون البينة على قول الكل فيما اذا ادعوا الشراء أيضا فى العقار مع أنه قد سبق انه تجوز القسمة فيه بدون البينة بالاتفاق ويقتضى أيضا أن لا تجوز القسمة بدون البينة عند أبى يوسف ومحمد أيضا فيما اذا ادعوا الارث فى العقار مع أنه قد سبق أيضا أنهما يقولان بجوازها فيه بمجرد اعترافهم ثم أقول يجوز أن لا يكون مراد المصنف رحمه الله بقوله ولا ملك ما حمل عليه صاحب العناية من انه لا ملك بدون البينة لانتقاضه بصورة ادعائهم الشراء على قول الكل وبصورة ادعائهم الارث أيضا على قولهما كما نبهت عليه آنفا بل يحتمل أن يكون مراده بذلك أنه لا ملك فى دعواهما أى لم يدعيا الملك ولم يتعرضا له أصلا فى رواية الجامع الصغير بل انما ادعيا انها فى أيديهما وأقاما البينة عليه بخلاف ما مر من رواية كتاب القسمة فانهم ادعوا هنالك صريح الملك فافترقتا فحينئذ لا انتقاض بالصورتين المذكورتين لانهم ادعوا فيهما سبب الملك من الارث أو الشراء ويؤيده هذا ما ذكره تاج الشريعة حيث قال قيل انما اختلف الجواب لاختلاف الوضع فوضوع كتاب القسمة فيما اذا ادعيا الملك ابتداء وموضوع الجامع الصغير فيما اذا ادعيا اليد ابتداء وبيانه أنهما لما ادعيا الملك ابتداء واليد ثابتة ومن فى يده شئ يقبل قوله انه ملكه ما لم ينازعه غيره اذ الاصل أن الاملاك فى يد الملاك فيعتبر هذا الظاهر وان احتمل أن يكون ملك الغير لانه احتمال بلا دليل فيقسم بينهما بناء على الظاهر أما اذا ادعيا اليد وأعرضا عن ذكر الملك مع حاجتهما الى بيانه فلا يقبل قولهما لانهما طلبا القسمة من القاضى والقسمة فى العقار لا تكون الا بالملك فلما سكتوا عنه دل على أن الملك ليس لهما فتأكد ذلك الاحتمال السابق فلا يقبل

والدار فى أيديهم) أى فى أيدى الحضور (قوله لان فيه نظر الغائب والصغير) أى بظهور نصيبهما مما فى يد الغير فانه بالقسمة يعزل نصيب الغائب فكان هذا محض نظر فى حق الغائب والصغير (قوله ويصير مغرورا بشراء المورث) يعنى لو اشترى المورث جارية فمات واستولدها الوارث ثم استحقت يكون الولد حرا

(قوله ولا ملك بدون البينة فامتنع الجواز) أقول هما يقولان اليد دليل الملك فلا شبهة فى الملك كما تقدم وجوابه أن اليد لا تصلح حجة للاستحقاق بل للدفع تأمل (قوله لكنه ملتبس) أقول لمكان الورثة قبله قال المصنف فلا يصلح الحاضر خصما عن الغائب فوضح الفرق) أقول وفى صورة الارث يقوم الآخر مقام الميت ويثبت حق الغائب على طريق التبع

الفرق (وان كان العقار في يد الوارث الغائب أوشيء منه لم يقسم وكذا اذا كان في يد مودعه وكذا اذا كان في يد الصغير) لان القسمة قضاء على الغائب والصغير باستحقاق يدهما من غير خصم حاضر عنهما وأمين الخصم ليس بخصم عنه فيما يستحق عليه والقضاء من غير الخصم لا يجوز ولا فرق في هذا الفصل بين اقامة البينة وعدمها هو الصحيح كما أطلق في الكتاب قال (وان حضر وارث واحد لم يقسم وان أقام البينة) لانه لا بد من حضور خصمين لان الواحد لا يصلح مخاصما ومخاصما وكذا مقاسما ومقاسما بخلاف ما اذا كان الحاضر اثنين على ما بينا (ولو كان الحاضر كبيرا وصغيرا نصب القاضي عن الصغير وصيا وقسم اذا أقيمت البينة وكذا اذا حضر وارث كبير وموصى له بالثلث فيها وطلبا القسمة وأقاما البينة على الميراث والوصية يقسمه) لاجتماع الخصمين الكبير عن الميت والموصى له عن نفسه وكذا الوصي عن الصبي كانه حضر بنفسه بعد البلوغ لقيامه مقامه

قولهما بعد ذلك الا باقامة البينة ليزول هذا الاحتمال وهذا معنى قوله لاحتمال أن يكون لغيرهم الى هنا كلامه فتبصر (قوله لان القسمة قضاء على الغائب والصغير باستحقاق يدهما من غير خصم حاضر عنهما) يعني أن في هذه القسمة قضاء على الغائب أو الصغير باخراج شيء مما كان في يده عن يده من غير خصم حاضر عنهما كذا التقرير في الكافي والمبسوط أقول في هذا التعليل شيء وهو انه انما يتم اذا كان العقار كله في يد

بالقيمة ويرجع الوارث بها او بالثمن على البائع كالمورث (قوله ولا فرق في هذا الفصل) اشارة الى قوله وان كان العقار في يد الوارث الغائب أوشيء منه لم يقسم (قوله كما أطلق في الكتاب) وهو قوله لم يقسم من غير ذكر اقامة البينة على الارث وانه مخالف لما ذكره في المبسوط لانه قال في المبسوط وان كان شيء من العقار في يد الصغير أو الغائب لم يقسمها باقرار الحضور حتى تقوم البينة على أصل الميراث لان في هذه القسمة قضاء على الغائب والصغير باخراج شيء مما كان في يده عن يده وكذلك ان كان أودع ما كان في يده منها رجلا حتى غاب لان المودع أمين فلا يكون خصما في ذلك ولا يجوز للقاضي ان يقضي على الغائب بحضور أمينه فلهذا لا يقسم حتى تقوم البينة فاذا قامت البينة قبلها القاضي لانها تقوم لاثبات ولاية القاضي في تركة الميت ولان الورثة يخلفون الميت في الميراث فينتصبون خصما عنه وينتصب بعضهم خصما عن بعض فقلما تخلو تركة عن هذا فان الورثة يكثرون وقلما يحضرون فلو لم يقبل القاضي البينة ولم يقسمها لمكان غائب أو صغير أدى الى الضرر والضرر مدفوع وذكر في فتاوى قاضيخان في رواية أنه لا يقسم ان قامت البينة ما لم يحضر الغائب هي رواية الجامع فكان قوله في الكتاب هو الصحيح احترازا عن رواية المبسوط وغيره في أنه يقسم اذا قامت البينة (قوله لان الواحد لا يصلح مخاصما ومخاصما) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله لانه يحتاج الى اقامة البينة وقوله مقاسما ومقاسما هذا عندهما لانه لا يحتاج الى اقامة البينة عندهما وعن أبي يوسف رحمه الله ان القاضي ينتصب عن الغائب خصما ويسمع البينة عليه ويقسم الدار وفي الذخيرة فاذا كان بعض الورثة حضورا والبعض غائبا والدار كلها أو بعضها في يد الغائب وطلب الحاضر القسمة من القاضي وأقام البينة عن الميراث فان كان الحاضر واحدا فالقاضي لا يقبل بينته ولا يقسم الدار وعن أبي يوسف رحمه الله ان القاضي ينتصب عن الغائب خصما ويسمع البينة عليه ويقسم الدار ووجه ظاهر الرواية ان التركة قبل القسمة ان بقيت على حكم ملك الميت من وجه صارت ملكا للورثة من وجه حتى لو أعتق واحد منهم عبدا من التركة قبل القسمة بعد العتق في نصيبه وكل واحد من الورثة قبل القسمة يرتفق بنصيبه وبنصيب شركائه والحاضر بدعوى القسمة كما يدعي ازالة ما بقي من ملك الميت يدعي على شركائه قطع الارتفاق بنصيبه فلان جاز للقاضي نصب الوصي من حيث انه دعوى على الميت لا يجوز له نصب الوصي من حيث انه دعوى على شركائه الغيب فلا يجوز له نصب الوصي بالشك وليس كما لو ادعى أجنبي دينا على الميت وليس للميت وارث ولا وصي فان القاضي ينصب عنه وصيا لان ذلك دعوى على الميت من كل وجه وللقاضي ان ينصب وصيا عن الميت اما ههنا بخلافه (قوله ولو كان الوارث الحاضر كبيرا وصغيرا نصب القاضي عن الصغير وصيا) وانما ينصب

(وقوله ولا فرق في هذا الفصل بين اقامة البينة وعدمها) يعني فيما اذا كان العقار في يد الوارث الغائب أوشيء منه وقوله (كما أطلق في الكتاب) يعني قوله لم يقسم من غير أن يذكر اقامة البينة وقوله (هو الصحيح) احتراز عما ذكر في المبسوط وان كان شيء من العقار في يد الصغير أو الغائب لم أقسمها باقرار الحضور حتى تقوم البينة على أصل الميراث لان في هذه القسمة قضاء على الغائب والصغير باخراج شيء مما كان في يده عن يده وان حضر وارث واحد لم يقسم وان أقام البينة لانه لا بد من حضور خصمين لان الواحد لا يصلح مخاصما ومخاصما) فالحاضر ان كان خصما عن نفسه فليس ثمة خصم عن الميت وعن الغائب وان كان خصما عنهما فما ثمة من يخاصم عن نفسه ليقيم البينة بذلك بخلاف ما اذا كان الحاضر اثنين والباقي ظاهر

(قوله يعني فيما اذا كان معهما) أقول تفسير لقوله أيضا

(فصل فيما يقسم ومالا يقسم) لما تنوعت مسائل القسمة الى ما يقسم ومالا يقسم بينهما فقال (واذا كان كل واحد من الشركاء ينتفع بنصيبه الخ) اذا طلب أحد الشركاء القسمة فاما أن ينتفع كل بنصيبه أو بعضهم أولا ينتفع منهم أحد فان كان الاول قسم القاضي بطلب أحدهم جبرا على من أبى (لان القسمة حق لازم فيما يحتملها عند طلب أحدهم على ما بيناه) يريد به قوله اذا كانت من جنس واحد أجبر القاضي على القسمة عند طلب أحد الشركاء لان فيه معنى الافراز لتفاوت المقاصد والمبادلة مما يجري فيه الجبر كقضاء الدين الى آخره وان كان الثاني فان طلب صاحب الكثير قسم وان طلب صاحب القليل لم يقسم لما ذكره من الفرق في الكتاب وذكر الجصاص على قلب هذا وهو أن يطلب صاحب القليل القسمة ويابى صاحب الكثير ووجهه ظاهر (وذكر الحاكم في مختصره أن أيهما طلب القسمة يقسم القاضي والوجه اندرج فيما ذكرناه) لان دليل القول الاول دليل أحد الجانبين ودليل قول الجصاص دليل الجانب الآخر (والاصح هو المذكور في الكتاب) أي القدوري (وهو الاول) لان رضا صاحب القليل بالتزام الضرر لا يلزم القاضي شيأ وانما الملزم طلب الانصاف من القاضي وايصاله الى منفعة وذلك لا يوجد عند طلب صاحب القليل (وان كان) الثالث بان كان المشترك بينهما بيتا صغيرا (يستضر) كل منهما بالقسمة وطلب أحدهما القسمة (لم يقسمها الا بتراضيهما لان الجبر على القسمة لتكميل المنفعة وفي هذا تفويتها

(فصل فيما يقسم ومالا يقسم) قال (واذا كان كل واحد من الشركاء ينتفع بنصيبه قسم بطلب أحدهم) لان القسمة حق لازم فيما يحتملها عند طلب أحدهم على ما بيناه من قبل (وان كان ينتفع أحدهم ويستضر به الآخر لقلة نصيبه فان طلب صاحب الكثير قسم وان طلب صاحب القليل لم يقسم) لان الاول ينتفع به فيعتبر طلبه والثاني متعنت في طلبه فلم يعتبر وذكر الجصاص على قلب هذا لان صاحب الكثير يريد الاضرار بغيره والآخر يرضى بضرر نفسه وذكر الحاكم الشهيد في مختصره أن أيهما طلب القسمة يقسم القاضي والوجه اندرج فيما ذكرناه والاصح المذكور في الكتاب وهو الاول (وان كان كل واحد منهما يستضر لصغره لم يقسمها الا بتراضيهما) لان الجبر على القسمة لتكميل المنفعة وفي هذا تفويتها

الغائب أو الصغير أو كان منه شئ زائد قدره على حصة الغائب أو الصغير من الميراث في يد أحدهما وأما فيما اذا كان في يد أحدهما من العقار شئ يساوي قدره حصته ذلك من الميراث أو يصير أقل منها فلا يمشي فيها ذلك التعليل اذ لا يلزم فيه القضاء على الغائب أو الصغير باخراج شئ مما كان في يده عن يده بل يلزم ابقاء ما كان في يده على يده في صورة التساوي وزيادة شئ عليه مما في يد الحاضرين في صورة النقصان ويحتمل أن يكون هذا هو السر في عدم وقوع ذكر أو شئ منه في وضع المسئلة في مختصر القدوري فان هذا القيد في وضعها من زيادة صاحب الهداية كما نص عليه في غاية البيان فتأمل

(فصل فيما يقسم ومالا يقسم) لما تنوعت مسائل القسمة الى ما يقسم ومالا يقسم شرع في بيانهما في فصل على حدة (قوله والاصح المذكور في الكتاب وهو الاول) لان رضا صاحب القليل بالتزام الضرر لا يلزم

القاضي عن الصغير وصيا اذا كان حاضرا اما اذا كان غائبا فلا ينصب عنه وصيا لان القاضي لا ينصب الخصم عن الغائب الا لضرورة ومتى كان المدعى عليه صبيا لو وقع العجز عن جوابه لم يكن عجزا عن احضاره فلا ينصب القاضي خصما عنه في حق الحضرة فلم تصح الدعوى لانه الا تصح من غير مدعى عليه حاضر ولا كذلك اذا حضر لان الدعوى تصح عليه لكونه حاضرا الا أنه عجز عن الجواب فينصب خصما يجيب عنه بخلاف الدعوى على الميت لان احضاره وجوابه لا يتصور فينصب واحدا في الامرين جميعا

(فصل فيما يقسم وفيما لا يقسم) (قوله عند طلب أحدهم على ما بينا) اشارة الى قوله اذا كانت من جنس واحد أجبر القاضي على القسمة عند طلب أحد الشركاء لان فيه معنى الافراز لتقارب المقاصد والمبادلة مما يجري فيه الجبر كقضاء الدين الخ (قوله فان طلب صاحب الكثير قسم وان طلب صاحب القليل لم يقسم) كذا ذكر الخصاف رحمه الله وهذا لان الاول يطلب من القاضي ان يخصه بالانتفاع بملكه ويمنع غيره من الانتفاع بملكه وهذا منه طلب الانصاف لا التعنت فعلى القاضي ان يجيبه الى ذلك ولا يعتبر تضرر الآخر لانه يريد ان ينتفع بملك شريكه وله ان يمنع غيره من الانتفاع بملكه وأما الثاني فتعنت في طلب القسمة والقاضي يجيب المتعنت بالرد وتعذر الانتفاع بنصيبه لقلة نصيبه لا لمعنى من جهة صاحب الكثير (قوله وذكر الجصاص على عكس هذا) أي لو طلب صاحب القليل قسم ولو طلب صاحب الكثير لم يقسم وذكر في بعض النسخ الخصاف مكان الجصاص والاصح هو الجصاص لان الاول قول الخصاف (قوله وذكر الحاكم في مختصره ان أيهما طلب القسمة قسم) والوجه قد اندرج فيما ذكرنا وهو ما ذكر لان الاول منتفع به فاعتبر طلبه وقوله والآخر يرضى بضرر نفسه

(فصل) فيما يقسم ومالا يقسم (قوله وذكر الجصاص على قلب هذا وهو أن يطلب صاحب القليل القسمة الخ) أقول في عبارته مسامحة والاظهر أن يقول وهو أن يقسم بطلب صاحب القليل واباء صاحب الكثير ولا يقسم بطلب صاحب الكثير واباء صاحب القليل (قال المصنف لم يقسمها الا بتراضيهما) أقول مخالف لما في شرح الكنز للزيلعي

وتجوز بتراضيهما لان الحق لهما وهما أعرف بشانهما أما القاضي فيعتمد الظاهر ويقسم العروض اذا كانت من صنف واحد) كالثياب مثلا
يعني به يجبر على ذلك لان في حق التراضي لا يشترط اتحاد الصنف (لان عند اتحاده يتحد المقصود فيحصل التعديل في القسمة

وتجوز بتراضيهما لان الحق لهما وهما أعرف بشأنهما أما القاضي فيعتمد الظاهر قال (ويقسم العروض اذا كانت من صنف واحد) لان عند اتحاد الجنس يتحد المقصود فيحصل التعديل في القسمة والتكميل في المنفعة (ولا يقسم الجنسين بعضهما في بعض) لانه لا اختلاط بين الجنسين فلا تقع القسمة تمييزا بل تقع معاوضة وسبيلها التراضي دون جبر القاضي (ويقسم كل مكيل وموزون كثيرا وقليل والمعدود المتقارب وتبر الذهب والفضة والحديد والنحاس والابل بانفرادها والبقر والغنم ولا يقسم شاة وبعيرا وبرذونا وحمارا ولا يقسم الاواني) لانها باختلاف الصنعة التحقت بالاجناس المختلفة (ويقسم الثياب الهروية) لاتحاد الصنف (ولا يقسم ثوبا واحدا) لاشتمال القسمة على الضرر اذ هي لا تتحقق الا بالقطع

القاضي شيأ وانما الملزم طلب الانصاف من القاضي وايصاله الى منفعة ملكه وذلك لا يوجد عند طلب القليل كذا في العناية ومعراج الدراية وهو المذكور في الذخيرة وزاد عليه في النهاية والكفاية أن يقال ألا ترى أن كل واحد منهم اذا كان لا ينتفع بنصيبه بعد القسمة وطلبا جميعا القسمة لم يقسمها القاضي بينهما فكذلك اذا كان الطالب من لا ينتفع بنصيبه بعد القسمة انتهى أقول هذه الزيادة تخالف ما سيأتي في الكتاب بقوله وان كان كل واحد منهما يستضر لصغره لم يقسمها الا بتراضيهما فانه يدل على أن القاضي يقسمها عند تراضي الشريكين وطلبهما القسمة وقد صرح به المصنف هناك حيث قال ويجوز بتراضيهما لان الحق لهما وهما أعرف بشأنهما أما القاضي يعتمد الظاهر انتهى ثم انك لو تأملت حق التأمل وجدت نوعا من التدافع بين

(قوله والاصح المذكور في الكتاب وهو الاول) وهو قوله وان طلب صاحب الكثير قسم وان طلب صاحب القليل لم يقسم ووجه الاصح هو ان رضا صاحب القليل بالتزام الضرر ولا يلزم القاضي شيأ وانما الملزم طلب الانصاف من القاضي وايصاله الى منفعة ملكه وذلك لا يوجد عند طلب صاحب القليل ألا ترى ان كل واحد منهما اذا كان لا ينتفع بنصيبه بعد القسمة وطلب القسمة لم يقسمها القاضي بينهما فكذلك اذا كان الطالب من لا ينتفع بنصيبه بعد القسمة (قوله وتجوز بتراضيهما لان الحق لهما) فان قيل يشترط لصحة القسمة ان ينتفع بالمقسوم كما كان قبل القسمة قلنا ذلك شرط الجبر عليهما لا شرط القسمة بالتراضي اذ ذلك الشئ حقهما فلهما ان يفعلا به ما شاآ (قوله ويقسم العروض) أي جبرا اذا كانت من صنف واحد (قوله ولا يقسم شاة وبعيرا وبرذونا وحمارا) أي لا يقسم جبرا في هذه الاشياء قسمة جمع بان يجمع نصيب أحد الورثة في الشاة خاصة ونصيب الآخر في البعير خاصة بل يقسم الشاة بينهم جميعا على ما يستحقون وكذلك في البعير وغيره لان الاجناس اذا اختلفت كانت القسمة بطريق الجمع لبعض المنفعة لا تكميلا (قوله ولا يقسم الاواني) أي التحقت الاواني بالاجناس المختلفة بسبب الصنعة وان كان أصلها واحدا كالاجانة والقمقمة والطست المتخذة من الصفر مثلا وكذلك الاثواب المتخذة من القطن اذا اختلفت بالصنعة كالقباء والجبة والقميص لا يقسم القاضي بعضها في بعض (قوله ويقسم الثياب الهروية لاتحاد الصنف) وفي المبسوط وان كان الذي بين الشركاء ثوبا زطيا وثوبا هرويا ووسادة وبساطا لم يقسم الا برضاهم لان في الاجناس المختلفة تكون القسمة بطريق المعاوضة فان كل واحد من الشريكين عاوض ذلك على نصيبه من الجنس الذي يأخذ عوضا عما ملكه من نصيب نفسه من الجنس الآخر وفي المعاوضات لابد من التراضي (قوله ولا يقسم ثوبا واحدا) أي عند طلب أحد الشريكين دون الآخر لاشتمال القسمة على ضرر اذ هي لا تتحقق الا بالقطع وفي قطعها اتلاف جزء منه فلا يفعله القاضي مع كراهة بعض الشركاء فان رضيا بذلك جميعا قسمه بينهما لوجود الرضا منهما بالتزام هذا الضرر وقد قال بعض مشايخنا لا يفعل القاضي ذلك وان تراضيا عليه ولكن لو اقتسما فيما بينهما لم يمنعهما من ذلك لان في هذه القسمة اتلاف جزء والقاضي

والتكميل في المنفعة ولا يقسم الجنسين بعضهما في بعض لعدم الاختلاط بين الجنسين فلا تقع القسمة تمييزا بل تقع معاوضة وسبيلها التراضي دون جبر القاضي) وقوله (ويقسم القاضي كل مكيل وموزون الخ) ظاهر وقوله (ولا يقسم شاة وبعيرا) يعني لا يقسم جبرا في هذه الاشياء قسمة جمع بان يجمع نصيب أحد الورثة في الشاة خاصة ونصيب الآخر في البعير خاصة بل يقسم الشاة بينهم جميعا على ما يستحقون منها وكذلك في البعير وغيره والاواني المتخذة من أصل واحد كالاجانة والقمقم والطشت المتخذة من صفر ملحقة بمخالفة الجنس فلا يقسمها القاضي جبرا وكذلك الاثواب المتخذة من القطن أو الكتان اذا اختلفت بالصنعة كالقباء والجبة والقميص (ويقسم الثياب الهروية لاتحاد الصنف ولا يقسم ثوبا واحدا لاشتمال القسمة على الضرر) بسبب القطع لان فيه اتلاف جزء فلا يفعله القاضي مع كراهة بعض الشركاء فان رضيا بذلك قسمه بينهما

(قوله ويقسم العروض اذا كانت من صنف واحد كالثياب مثلا يعني به يجبر على ذلك لان في حق التراضي لا يشترط اتحاد الصنف لان عند اتحاده الخ) أقول قوله لان في حق التراضي الخ تعليل لقوله يعني به يجبر الخ وقوله لان عند اتحاده الخ تعليل لقوله ويقسم العروض الخ

ولا

(ولا ثوبين اذا اختلفت قيمتهما لما بينا) يعنى ما تقدم من قوله بل تقع معاوضة وسبيلها التراضى ووجه المعاوضة أن التعديل بينهما لا يمكن الا بزيادة دراهم مع الاوكس والدراهم لم تكن مشتركة فترد عليها القسمة فكان معاوضة (بخلاف ثلاثة أثواب اذا جعل ثوب بثوبين) يعنى اذا كان قيمة الثوب الواحد مثل قيمة الثوبين وأراد أحدهما القسمة وأبى الآخر يقسم القاضى بينهما ويعطى أحدهما ثوبا والآخر ثوبين (وكذا ان استقام أن يجعل ثوب أحد القسمين ثوبا وربع ثوب والآخر ثوبا وثلاثة أرباع ثوب) فانه يقسم بينهما ويترك الثوب الثالث مشتركا بينهما على ذلك الوجه (لانه قسمة البعض دون البعض وذلك جائز) لانه تيسر عليه التمييز فى بعض المشترك ولو تيسر ذلك فى الكل قسم الكل عند طلب بعض الشركاء فكذلك فى البعض وما ثمة معاوضة تحتاج الى التراضى (وقال أبو حنيفة رحمه الله لا يقسم الرقيق والجواهر لتفاوتهما) الرقيق اذا كان بين اثنين وطلب أحدهما القسمة فلا يخلو اما أن يكون الرقيق مع شئ آخر يصح فيه القسمة جبرا كالغنم والثياب أو لا يكون فان كان فالاصح القسمة فى قولهم جميعا على الاظهر أما عندهما فظاهر وأما عند أبى حنيفة فيجعل الذى مع الرقيق أصلا فى القسمة جبرا ويجعل الرقيق تابعا له فى القسمة وقد يثبت الحكم لشئ تبعا وان لم يثبت قصدا كالشرب فى البيع والمنقولات فى الوقف وان لم يكن فان كانوا ذكورا واناثا لا يقسم الا برضاهما وان كانوا ذكورا أو اناثا لا يقسم القاضى بينهما فى قول أبى حنيفة رحمه الله ولا يجبرهما على ذلك وقال صاحباه يجبرهما على القسمة لاتحاد الجنس كما فى الابل والغنم ورقيق الغنم ولابى حنيفة أن التفاوت فى الآدمى فاحش لتفاوت المعانى الباطنة كالذهن والكياسة لان من العبيد من يصلح للامانة ومنهم من يصلح للتجارة ومنهم من يصلح للفروسية وغير ذلك ففى جمع نصيب كل واحد منهم فى واحد فاته سائر المنافع فلم يكن ذلك قسمة وافرازا بخلاف الحيوانات لان التفاوت فيها يقل عند اتحاد الجنس ألا ترى أن الذكر والانثى من بنى آدم جنسان ومن سائر الحيوانات جنس واحد

ولا ثوبين اذا اختلفت قيمتهما) لما بينا بخلاف ثلاثة أثواب اذا جعل ثوب بثوبين أو ثوب وربع ثوب بثوب وثلاثة أرباع ثوب لانه قسمة البعض دون البعض وذلك جائز (وقال أبو حنيفة لا يقسم الرقيق والجواهر) لتفاوتهما (وقالا يقسم الرقيق) لاتحاد الجنس كما فى الابل والغنم ورقيق المغنم وله أن التفاوت فى الآدمى فاحش لتفاوت المعانى الباطنة فصار كالجنس المختلف بخلاف الحيوانات لان التفاوت فيها يقل عند اتحاد الجنس ألا ترى أن الذكر والانثى من بنى آدم جنسان ومن الحيوانات جنس واحد

الحق لهما الى قوله أما القاضى يعتمد الظاهر فتامل

بعضا ثم يحصل ولا يتلف كذا فى المبسوط (قوله ولا ثوبين اذا اختلف قيمتهما لما بينا) أى لانه لا تتحقق الا بالقطع لانه لا يمكن التعديل الا بالقطع أو بزيادة دراهم مع الاوكس ولا يجوز ادخال الدراهم فى القسمة جبرا لان القسمة حق فى الملك المشترك والشركة بينهما فى الثياب فلو أدخل فى القسمة الدراهم يقسم ما ليس بمشترك وهذا لا يصح (قوله بخلاف ثلاثة أثواب اذا جعل ثوب بثوبين أو ثوب وربع ثوب بثوب وثلاثة أرباع ثوب) بان تكون قيمة أحد الاثواب دينارا وقيمة الآخر دينارا وربع دينار وقيمة الآخر دينارا وثلاثة أرباع دينار فيأخذ أحدهما ثوبا قيمته دينار وربع دينار والآخر ثوبا قيمته دينار وثلاثة أرباع دينار فيبقى الثوب الذى قيمته دينار مشتركا بينهما أربعه للذى أخذ الثوب الذى قيمته دينار وثلاثة أرباع دينار وثلاثة أرباعه للآخر وهذا لانه يصير قسمة بعض المشترك دون البعض لان كل واحد منهما ينفرد بثوب وتبقى الشركة فى ثوب وذلك جائز اذا لم يكن غيره مثل ان يقسم الضيعة وترك النهر على الشركة وهو قسمة بعض الملك دون البعض (قوله وقالا يقسم الرقيق لاتحاد الجنس) يعنى ان الرقيق جنس واحد اذا كانوا ذكورا أو اناثا ألا ترى ان الرقيق يثبت فى الذمة مهرا ولا يثبت فى الذمة سلما كما فى سائر الحيوانات فكذا فى القسمة (قوله وله ان التفاوت فى الآدمى فاحش لتفاوت المعانى الباطنة) كالذهن والكياسة لان من العبيد من يصلح للامانة ومنهم من يصلح للتجارة ومنهم من يصلح للفروسية والخياطة والكتابة ففى جمع نصيب كل واحد منهم فى واحد فاته سائر المنافع فلم تكن ذلك قسمة وافرازا فلم تصر محققة كقسمة الحمام والاجناس المختلفة (قوله ألا ترى ان الذكر والانثى من بنى آدم جنسان ومن الحيوانات جنس واحد) حتى اذا اشترى شخصا على أنه عبد فاذا هو جارية لا ينعقد العقد بخلاف سائر الحيوانات وحاصله ان الرقيق اذا كان بين اثنين فهو على وجوه ان كان مع الرقيق دواب أو عروض أو شئ آخر قسم القاضى الكل فى قولهم وان لم يكن مع الرقيق شئ آخر فان كان ذكورا أو اناثا لا يقسم الا برضاهم وان كان الكل ذكورا أو اناثا وطلب بعض الورثة قسمتها وأبى البعض أو أبى أحد الورثة لا يقسم القاضى بينهم فى قول أبى حنيفة رحمه الله ولا يجبرهم على ذلك وقال صاحباه يقسم ويجبرهم على القسمة والحاصل ان عند أبى حنيفة رحمه الله لا يجوز الاجبار على قسمة الرقيق الا ان يكون مع الرقيق شئ آخر وهو محل القسمة الجمع كالغنم والشاة فيقسم القاضى الكل قسمة جمع وكان أبو بكر الرازى يقول تأويل هذه المسئلة أنه يقسم ذلك برضا الشركاء فاما مع كراهة بعضهم فالقاضى لا يقسم والاظهر ان قسمة الجبر تجرى عند أبى حنيفة رحمه الله باعتبار الجنس الآخر

(بخلاف المغانم) جواب عن قولهما ورقيق المغنم وذلك (لان حق الغانمين فى المالية حتى كان للامام بيعها وقسمة ثمنها وههنا يتعلق بالعين والمالية فافترقا) فان قيل لو تزوج أو خالع على عبد صح فصار كسائر الحيوانات فليكن فى القسمة كذلك أجيب بان القسمة تحتاج الى الافراز ولا يتحقق فى القسمة بخلاف ماذكرتم فانه لا يحتاج اليه (قوله وأما الجواهر الخ) واضح قال (ولا يقسم حمام ولا بئر ولا رحى) والاصل فى هذا أن الجبر

فى القسمة انما يكون عند انتفاء الضرر عنهما بان يبقى نصيب كل منهما بعد القسمة منتفعا به انتفاع ذلك الجنس وفى قسمة البئر والحمام والرحى ضرر لهما أو لاحدهما فلا يقسم الا بالتراضى ومن المشايخ من قال القاضى لا يقسم عند الضرر لانه لم ينصب متلفا لكن لو اقتسما لم يمنعهما عن ذلك وكلامه واضح وقوله (لما بينا) اشارة الى ماذكره فى أول هذا الفصل بقوله وان كان كل واحد يستضر لصغره لم يقسمها الا بتراضيهما (قوله واذا كانت دور مشتركة) ههنا ثلاثة فصول الدور والبيوت والمنازل فالدور متلازقة كانت أو متفرقة لا تقسم عنده قسمة واحدة الا بالتراضى والبيوت تقسم مطلقا لتقاربها فى معنى السكنى والمنازل ان كانت مجتمعة فى دار واحدة متلازقا بعضها ببعض قسمت قسمة واحدة والا فلا سواء كانت فى محال أو فى دار واحدة بعضها فى أدناها وبعضها فى أقصاها لان المنزل فوق البيت دون الدار فالمنازل تتفاوت فى معنى السكنى ولكن التفاوت فيها دون التفاوت فى الدور فهى تشبه البيوت من وجه والدور من وجه فلشبهها بالبيوت قلنا اذا كانت متلازقة تقسم قسمة واحدة لان التفاوت فيها يقل فى مكان واحد ولشبهها بالدور قلنا اذا كانت فى أمكنة متفرقة لا تقسم قسمة واحدة وهما فى الفصول كلها يقولان اختلفت

بخلاف المغانم لان حق الغانمين فى المالية حتى كان للامام بيعها وقسمة ثمنها وهنا يتعلق بالعين والمالية جميعا فافترقا وأما الجواهر فقد قيل اذا اختلف الجنس لا يقسم كاللآلئ واليواقيت وقيل لا يقسم الكبار منها لكثرة التفاوت ويقسم الصغار لقلة التفاوت وقيل يجرى الجواب على اطلاقه لان جهالة الجواهر أفحش من جهالة الرقيق ألا ترى أنه لو تزوج على لؤلؤة أو ياقوتة أو خالع عليها لا تصح التسمية ويصح ذلك على عبد فاولى أن لا يجبر على القسمة قال (ولا يقسم حمام ولا بئر ولا رحى الا بتراضى الشركاء وكذا الحائط بين الدارين) لانها تشتمل على الضرر فى الطرفين اذ لا يبقى كل نصيب منتفعا به انتفاعا مقصودا فلا يقسم القاضى بخلاف التراضى لما بينا قال (واذا كانت دور مشتركة فى مصر واحد قسم كل دار على حدتها فى قول أبى حنيفة وقالا ان كان الاصلح لهم قسمة بعضها فى بعض قسمها) وعلى هذا الخلاف الاقرحة المتفرقة المشتركة لهما انها جنس واحد اسما وصورة ونظرا الى أصل السكنى أجناس معنى نظرا الى اختلاف المقاصد ووجوه السكنى فيفوض الترجيح الى القاضى وله أن الاعتبار للمعنى وهو المقصود ويختلف ذلك باختلاف البلدان والمحال والجيران والقرب الى المسجد والماء اختلافا فاحشا فلا يمكن التعديل فى القسمة ولهذا لا يجوز التوكيل بشراء دار وكذا لو تزوج على دار لا تصح التسمية كما هو الحكم فيهما فى الثوب بخلاف الدار الواحدة اذا

(قوله ولا يقسم حمام ولا بئر ولا رحى الا برضا الشركاء) قال صاحب العناية والاصل فى هذا أن الجبر فى القسمة انما يكون عند انتفاء الضرر عنهما بان يبقى نصيب كل منهما بعد القسمة منتفعا به انتفاع ذلك الجنس وفى قسمة الحمام والبئر والرحى ضرر لهما أو لاحدهما فلا يقسم الا بالتراضى انتهى أقول تقرير الاصل بهذا الوجه ليس بسديد اذ قد تقرر فيما مر أنه اذا كان أحد الشركاء ينتفع بنصيبه والآخر يستضر بنصيبه لقلته فان القاضى يقسم بطلب صاحب الكثير فقط على القول الاصح المذكور فى الكتاب وبطلب صاحب القليل فقط على ماذكره الجصاص وبطلب كل واحد منهما على ماذكره الحاكم الشهيد وعلى كل واحد من الاقوال الثلاثة المذكورة ينتقض ذلك التقرير بتلك المسئلة كما لا يخفى على ذى مسكة فالصواب الموافق لقول المصنف فى التعليل لانه يشتمل على الضرر فى الطرفين الخ أن يقتصر فى بيان أصل هذه المسائل على لزوم الضرر لكل واحد من الشركاء ويجعل ذلك مدار العدم الجبر فى القسمة

الذى هو مع الرقيق يجعل أصلا فى القسمة وحكم القسمة جبرا ثابت فيه فيثبت فى الرقيق أيضا تبعا وقد يثبت حكم العقد فى الشئ تبعا وان كان لا يجوز اثباته مقصودا كالشرب والطريق فى البيع والمنقولات فى الوقف (قوله لا يقسم حمام ولا بئر ولا رحى) الى قوله بخلاف التراضى على ما بين اشارة الى ماذكره فى أوائل هذا الفصل فان كان كل واحد يستضر به لصغره لم يقسمها الا بتراضيهما (قوله وعلى هذا الخلاف الاقرحة المتفرقة المشتركة) أى عندهما القاضى ان يقسم بعضها فى بعض كما فى الدور وعند أبى حنيفة رحمه الله يقسم كل قراح على حدة لانها تتفاوت فيما هو المقصود منها من الغلة والصلاحية للرطبة والكرم وغير ذلك بمنزلة تفاوت الدور والاجناس المختلفة (قوله كما هو الحكم فيهما فى الثوب) أى فى الوكالة والتسمية فى المهر أى لو وكل رجلا بشراء دار لا يصح التوكيل كما لو وكله بشراء ثوب وكذا لو تزوج امرأة على دار لا تصح التسمية

(قوله أو لاحدهما) أقول لا يناسب المشروح مع أنه قد سبق انه اذا انتفع أحدهما بنصيبه دون الآخر قسم بطلب صاحب الكثير فليتأمل (قوله وقوله لما بينا اشارة الى ماذكره فى أول هذا الفصل بقوله وان كان كل واحد الخ) أقول بل اشارة الى دليل تلك المسئلة أو الى قوله لان الحق

اختلفت بيوتها الان فى قسمة كل بيت على حدة ضرر افقسمت الدار قسمة واحدة قال رضى الله عنه تقييد الوضع فى الكتاب اشارة الى أن الدارين اذا كانتا فى مصرين لا تجتمعان فى القسمة عندهما وهو رواية هلال عنهما وعن محمد انه يقسم احداهما فى الاخرى والبيوت فى محلة أو محال تقسم قسمة واحدة لان التفاوت فيما بينها يسير والمنازل المتلازقة كالبيوت والمتباينة كالدور لانه بين الدار والبيت على ما مر من قبل فأخذ شبها من كل واحد قال (وان كانت دار وضيعة أو دار وحانوت قسم كل واحد منهما على حدة لاختلاف الجنس قال رضى الله عنه جعل الدار والحانوت جنسين وكذا ذكر الخصاف وقال فى اجارات الاصل ان اجارة منافع الدار بالحانوت لا تجوز وهذا يدل على انهما جنس واحد فيجعل فى المسئلة روايتان أو تبنى حرمة الربا هنالك على شبهة المجانسة

(قوله وان كانت دار وضيعة أو دار وحانوت قسم كل واحد منهما على حدة لاختلاف الجنس) قال المصنف جعل الدار والحانوت جنسين وكذا ذكر الخصاف وقال فى اجارات الاصل ان اجارة منافع الدار بالحانوت لا يجوز وهذا يدل على أنهما جنس واحد فيجعل فى المسئلة روايتان أو تبنى حرمة الربا هنالك على شبهة المجانسة واستشكل التوجيه الثانى صاحب الكافى حيث قال وقيل هما مختلفان جنسا رواية واحدة والفساد ثمة بشبهة المجانسة باعتبار اتحاد منفعتهما وهو السكنى كذا ذكره فى الهداية وهو مشكل لانه يؤدى الى اعتبار شبهة الشبهة والشبهة هى المعتبرة دون النازلة عنها وقد قال شمس الائمة الحلوانى اما أن يكون فى المسئلة روايتان أو يكون من مشكلات هذا الكتاب الى هنا كلام صاحب الكافى وأوضح اشكاله صاحب العناية ثم أجاب عنه حيث قال واستشكل كلامه هذا لانه يؤدى الى اعتبار شبهة الشبهة فان الجنس اذا اتحد

كما لو تزوج على ثوب (قوله تقييد الوضع فى الكتاب) اشارة الى وضع المسئلة فى الكتاب فى دور مقيدة بكونها فى دور مقيدة بكونها فى مصر واحد اشارة الى ان الدارين اذا كانتا فى مصرين لا يجتمعان فى القسمة عندهما كذا روى هلال عنهما وعن محمد رحمه الله أنه يقسم أحدهما فى الاخرى ثم هى ثلاثة فصول عنده الدور والبيوت والمنازل فالدور لا تقسم عنده قسمة واحدة الا برضا الشركاء سواء كانت متباينة أو متلازقة والبيوت تقسم قسمة واحدة سواء كانت متباينة أو متلازقة لانها تتفاوت فى معنى السكنى ولهذا تؤاجر بأجرة واحدة فى كل محلة والمنازل ان كانت مجتمعة فى دار واحدة متلازقا بعضها ببعض تقسم قسمة واحدة وان كانت متفرقة يقسم كل منزل على حدة كان فى محال أو فى محلة لان المنزل فوق البيت ودون الدار والحقت المنازل بالبيوت اذا كانت متلازقة وبالدار اذا كانت متباينة وقالا فى الفصول كلها ينظر القاضى الى أعدل الوجوه فيمضى القسمة على ذلك (قوله وقال فى اجارات الاصل ان اجارة منافع الدار بالحانوت لا تجوز) أى بمنافع الحانوت وهذا يدل على انهما جنس واحد لما عرف ان اجارة السكنى بالسكنى لا تجوز وكذا اجارة أرض للزراعة بزراعة أرض أخرى لا تجوز فيجعل فى المسئلة روايتان (قوله أو تبنى حرمة الربا هنالك) أى فى اجارات الاصل على شبهة المجانسة أى هما جنسان مختلفان رواية واحدة والفساد ثم لشبهة المجانسة باعتبار اتحاد منفعتهما وهو السكنى وفى الكافى للعلامة النسفى رحمه الله كذا ذكره فى الهداية وهو مشكل هذا الاشكال صدر من صاحب الكافى لانه يؤدى الى اعتبار شبهة الشبهة والشبهة هى المعتبرة دون النازل عنها وقد قال شمس الائمة الحلوانى اما ان يكون فى المسئلة روايتان أو يكون من مشكلات هذا الكتاب

ينظر القاضى الى أعدل الوجوه فيمضى القسمة على ذلك وقوله (على ما مر) يعنى فى باب الحقوق من كتاب البيوع (قوله وان كانت دار وضيعة أو دار وحانوت الخ) واضح الاما نذكره انما خص الخصاف بالذكر لان هذه المسئلة لم تذكر فى كتب محمد ولا ذكرها الطحاوى ولا الكرخى رحمهما الله وقوله (ان اجارة منافع الدار بالحانوت) أى بمنافع الحانوت لانه لو جعل نفس الحانوت أجرة لمنافع الدار صح وقوله (أو تبنى حرمة الربا هنالك) أى فى اجارات الاصل (على شبهة المجانسة) يعنى ان كانت منافع الدار ومنافع الحانوت مختلفتين رواية واحدة تحمل حرمة الربا هنالك على شبهة المجانسة بين منافع الدار والحانوت لاتحاد أصل السكنى المقصود منهما واستشكل كلامه هذا لانه يؤدى الى اعتبار شبهة الشبهة فان الجنس اذا اتحد كان بمنزلة مبادلة لشئ بجنسه نسيئة وبالجنس يحرم النساء عندنا كما تقدم وفى ذلك شبهة الربا فاذا اعتبرت شبهة الجنسية كان ذلك اعتبار الشبهة الشبهة والمعتبر الشبهة دون النازل عنها وقد قال شمس الائمة الحلوانى رحمه الله اما أن يكون فى المسئلة روايتان أو يكون من مشكلات هذا الكتاب ويمكن أن يقال لا اشكال فيه لان المراد بشبهة المجانسة الشبهة الثابتة بها لانه قال جنس واحد فكيف يقول بشبهة المجانسة ووجه آخر فى التوفيق أن يراد باختلاف الجنس الاختلاف من حيث اختلاف الذات فلا تجوز القسمة الواحدة وباتحاده الاتحاد فى المنفعة وهى السكنى فتمتنع الاجارة لشبهة الربا

لهما الخ فتأمل (قوله واستشكل كلامه) أقول هذا فى الكافى (قوله ويمكن أن يقال) أقول يعنى فى جواب الاستشكال (قوله لان المراد بشبهة المجانسة الشبهة الثابتة بها) أقول يعنى انهما متحدا الجنس نظرا الى أصل السكنى فبنى حرمة الربا عليه ومختلفا الجنس نظرا الى اختلاف المقاصد فاعتبر ذلك فى القسمة فليتأمل

(فصل في كيفية القسمة) لما فرغ من بيان ما يقسم وما لا يقسم بين كيفية القسمة فيما يقسم لان الكيفية صفة فتتبع جواز أصل القسمة الذي هو الموصوف قال (وينبغي للقاسم أن يصور ما يقسمه) اذا شرع القاسم في القسمة ينبغي أن يصور ما يقسمه بان يكتب على كاغدة ان فلانا نصيبه كذا وفلانا نصيبه كذا ليمكنه حفظه ان أراد رفع تلك الكاغدة الى القاضي ليتولى الاقراع بينهم بنفسه (ويعدله) يعني يسويه على سهام القسمة وروى يعزله أي يقطعه بالقسمة عن غيره (ويذرعه) ليعرف قدره (ويقوم البناء) لحاجته اليه في الآخرة) اذ البناء يقسم على حدة فربما يقع في نصيب أحدهم شيء منه فيكون عالما بقيمتها (ويفرز كل نصيب عن الباقي بطريقه وشربه) ان أمكن ذلك لينقطع النزاع ويتم معنى القسمة (ثم يلقب نصيبا بالاول والذي يليه بالثاني والثالث الى أن تفرغ السهام ويكتب أسماءهم ويخرج القرعة فمن خرج اسمه أولا الخ) قال الامام حميد الدين رحمه الله صورته أرض بين جماعة لاحدهم سدسها وللآخر ثلثها وللآخر نصفها يجعلها ستة أسهم ويلقب الجزء الاول بالسهم الاول والذي يليه بالثاني والثالث على هذا ثم يكتب أساميهم ويجعلها قرعة ثم يلقيها في كمه فمن خرج اسمه أولا فله السهم الاول فان كان ذلك صاحب السدس فله الجزء الاول وان كان صاحب الثلث فله الجزء الاول والذي يليه وان كان صاحب النصف فله الجزء الاول واللذان يليانه (قوله وقوله في الكتاب) واضح

واقرعه

(فصل في كيفية القسمة) قال (وينبغي للقاسم أن يصور ما يقسمه) ليمكنه حفظه (ويعدله) يعني يسويه على سهام القسمة وروى يعزله أي يقطعه بالقسمة عن غيره (ويذرعه) ليعرف قدره (ويقوم البناء) لحاجته اليه في الآخرة (ويفرز كل نصيب عن الباقي بطريقه وشربه حتى لا يكون لنصيب بعضهم بنصيب الآخر تعلق فتنقطع المنازعة ويتحقق معنى القسمة على التمام (ثم يلقب نصيبا بالاول والذي يليه بالثاني والثالث على هذا ثم يخرج القرعة فمن خرج اسمه أولا فله السهم الاول ومن خرج ثانيا فله السهم الثاني) والاصل أن ينظر في ذلك الى أقل الانصباء حتى اذا كان الاقل ثلثا جعلها أثلاثا وان كان سدسا جعلها أسداسا لتمكن القسمة وقد شرحناه مشبعا في كفاية المنتهى بتوفيق الله تعالى وقوله في الكتاب ويفرز كل نصيب بطريقه وشربه بيان الافضل فان لم يفعل أو لم يمكن جاز على ما نذكره بتفصيله ان شاء الله تعالى

كان بمنزلة مبادلة الشيء بجنسه نسيئة و بالجنس يحرم النساء عندنا كما تقدم وفي ذلك شبهة الربا فاذا اعتبرت شبهة الجانسة كان ذلك اعتبار الشبهة والمعتبر الشبهة دون النازل عنها وقد قال شمس الائمة الحلواني اما أن يكون في المسئلة روايتان أو يكون من مشكلات هذا الكتاب و يمكن أن يقال لا اشكال فيه لان المراد بشبهة المجانسة الشبهة الثابتة بها لانه قال جنس واحد فكيف يقول بشبهة المجانسة انتهى كلامه أقول في الجواب خلل اذ لو كان المراد بشبهة المجانسة الشبهة الثابتة بنفس المجانسة لما تم التوفيق بين مسئلتنا ومسئلة اجارات الاصل بقوله أو تبنى حرمة الربا هنالك على شبهة المجانسة اذ يصير مدار مسئلة اجارات الاصل حينئذ على اتحاد الدار والحانوت في الجنس ومدار مسئلتنا على اختلافهما في الجنس قطعا فتتناقضان والمصنف قصد التوفيق بذلك فنشأ منه الاشكال المذكور ثم ان قوله لانه قال جنس واحد فكيف يقول بشبهة المجانسة ليس بسديد اذ لم يقع التصريح في اجارات الاصل بان قال جنس واحد ولو وقع كان المراد كجنس واحد على طريق التشبيه البليغ بحذف أداة التشبيه على ما عرف فلا ينافي القول بشبهة المجانسة كما لا يخفى قال بعض الفضلاء في تفسير معنى قول صاحب العناية لان المراد بشبهة المجانسة الشبهة الثابتة بها يعني انهما متحدا الجنس نظرا الى أصل السكنى فتبنى حرمة الربا عليه ومختلفان نظرا الى اختلاف المقاصد فاعتبر ذلك في القسمة فليتأمل انتهى أقول ليس ذلك بمستقيم لان المعنى الذي ذكره مع كونه غير مستفاد من عبارة صاحب العناية أصلا لا يصح أن يراد ههنا أما أولا فلانه لا يدفع الاشكال المذكور اذ حاصله أن اتحادهما في الجنس غير مقرر بل هنالك شبهة الاتحاد والاختلاف في الجنس من جهتين فكان في الجنسية شبهة فيؤول بناء حرمة الربا على ذلك الى اعتبار شبهة الشبهة كما عرفت فيما مر وأما ثانيا فلان ما ذكر من اتحاد الجنس نظرا الى أصل السكنى واختلافه نظرا الى اختلاف المقاصد متحقق في الدور المشتركة في مصر واحد أيضا فبناء على أصل ذلك خالف أبا حنيفة صاحباه هنالك فقالا ان كان الاصلح لهم قسمة بعضها في بعض قسمها القاضي كما مر في الكتاب فلو كان المراد في مسئلتنا ما ذكر لما وافق الامامان أبا حنيفة ههنا في وجوب قسمة كل واحد على حدة واتفاقهم في هذه المسئلة مع كونه منفهما من عدم بيان الخلاف فيها في الكتاب منصوص عليه في البدائع حيث قال فيه اما دار وضيعة أو دار وحانوت فلا يجمع بالاجماع بل يقسم كل واحد على حدة لاختلاف الجنس اهـ

(فصل في كيفية القسمه) لما فرغ من بيان ما يقسم وما لا يقسم شرع في بيان كيفية القسمة فيما

(فصل في كيفية القسمة) (قوله وينبغي للقاسم ان يصور ما يقسمه) أي ينبغي للقاسم تصوير ما يقسمه على قرطاس ليمكنه حفظه اذ برفع ذلك القرطاس الى القاضي حتى يتولى الاقراع بينهم بنفسه ان

(فصل) في كيفية القسمة (قوله بان يكتب على كاغدة الخ) أقول هذا ليس يصلح تفسيرا للتصوير ما يقسم كما لا يخفى (قوله صورته أرض بين جماعة الخ) أقول فيه نقض

والقرعة لتطييب القلوب وازاحة تهمة الميل حتى لو عين لكل منهم نصيبا من غير اقراع جاز لانه فى معنى القضاء فيملك الالزام قال (ولا يدخل فى القسمة الدراهم والدنانير الا بتراضيهم) لانه لا شركة فى الدراهم والقسمة من حقوق الاشتراك ولانه يفوت به التعديل فى القسمة لان أحدهما يصل الى عين العقار ودراهم الآخر فى ذمته ولعلها لا تسلم له (واذا كان أرض وبناء فعن أبى يوسف أنه يقسم كل ذلك على اعتبار القيمة) لانه لا يمكن اعتبار المعادلة الا بالتقويم وعن أبى حنيفة أنه يقسم الأرض بالمساحة لانه هو الاصل فى الممسوحات ثم يرد من وقع البناء فى نصيبه أو من كان نصيبه أجود دراهم على الآخر حتى يساويه فتدخل الدراهم فى القسمة ضرورة كالاخ لا ولاية له فى المال ثم يملك تسمية الصداق ضرورة التزويج وعن محمد أنه يرد على شريكه بمقابلة البناء

يقسم لان الكيفية صفة فتتبع جواز أصل القسمة الذى هو الموصوف (قوله والقرعة لتطييب القلوب وازاحة تهمة الميل) قال الشراح هذا جواب الاستحسان والقياس يأباها لان استعمال القرعة تعليق

لم يأمره بالاقراع ثم يلقب نصيبا بالاول والذى يليه بالثانى والثالث على هذا ثم يكتب أساميهم ويخرج القرعة فمن خرج اسمه أولا فله السهم الاول ومن خرج ثانيا فله السهم الثانى والاصل ان ينظر فى ذلك الى الاقل من الانصباء حتى اذا كان الاقل ثلثا جعلها ثلاثا وان كان سدسا جعلها اسداسا ليمكن القسمة وشرح ذلك أرض بين جماعة مشتركة لاحدهم عشرة أسهم ولآخر خمسة ولآخر سهم وأرادوا قسمتها قسمت على قدر سهامهم عشرة وخمسة وواحدة وكيفية ذلك ان تجعل الارض على عدد سهامهم وسويت وعدلت ثم تجعل بنادق سهامهم بعدد رؤسهم ويقرع بينهم فاول بندقة تخرج توضع على طرف من أطراف السهام وهو أول السهام ثم ينظر الى البندقة لمن هى فان كانت لصاحب العشرة أعطاه ذلك السهم وتسعة أسهم متصلة بالسهم الذى وضعت البندقة عليه ليكون سهام صاحبها على الاتصال ثم يقرع بين البقية كذلك فاول بندقة تخرج توضع على طرف من أطراف السهام الباقية ثم ينظر الى البندقة لمن هى فان كانت لصاحب الخمسة أعطاه القاضى ذلك السهم وأربعة أسهم متصلة بذلك السهم ويبقى السهم الواحد لصاحبه وان كانت البندقة لصاحب الواحد كان له الطرف الذى وضعت البندقة عليه وتكون الخمسة الباقية لصاحب الخمسة وتفسير البندقة ان يكتب القاضى أسماء الشركاء فى بطاقات ثم يطوى كل بطاقة بعينها ويجعلها فى قطعة من طين ثم يدلكها بين كفيه حتى تصير مستديرة فتكون شبه البندقة (قوله والقرعة لتطييب القلوب وازاحة تهمة الميل) فان قيل فى الاقراع تعليق الاستحقاق بخروج القرعة فيكون فى معنى القمار وانه حرام قلنا ليس هذا فى معنى القمار فى القمار أصل الاستحقاق يتعلق بما يستعمل فيه وهنا أصل الاستحقاق لكل واحد منهم لا يتعلق بخروج القرعة حتى لو عين القاسم لكل منهم نصيبا من غير اقراع جاز لانه فى معنى القضاء فيملك الالزام الا انه ربما يتهم فى ذلك فيستعمل القرعة لتطييب قلوب الشركاء وازاحة تهمة الميل عن نفسه وذلك جائز ألا ترى ان يونس عليه السلام استعمل القرعة فى مثل هذه مع أصحاب السفينة كما قال الله تعالى فساهم فكان من المدحضين وهذا لانه علم انه هو المقصود ولكن لو ألقى نفسه فى الماء ربما ينسب الى ما لا يليق بالانبياء فاستعمل القرعة لذلك وكذا زكريا عليه السلام استعمل القرعة مع الاحبار فى ضم مريم الى نفسه وقد كان علم أنه أحق بها منهم لان خالتها كانت عنده ولكن استعمل القرعة تطييبا لقلوبهم قال الله تعالى اذ يلقون أقلامهم أيهم يكفل مريم وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا سافر أقرع بين نسائه مع انه لا حق لهن فى القسمة حالة السفر تطييبا لقلوبهن (قوله ولا يدخل فى القسمة الدراهم والدنانير الا بتراضيهم) أى لا يدخل الدراهم التى ليست من التركة ليجبر بها نقصان بعض الانصباء وصورته دار بين جماعة فارادوا قسمتها وفى أحد الجانبين فضل بناء فاراد أحد الشركاء ان يكون عوض البناء دراهم وأراد الآخران يكون عوضه من الارض فانه يجعل عوض البناء من الارض ولا يكلف الذى وقع البناء فى نصيبه ان يرد بازاء البناء من الدراهم الا اذا تعذر فحينئذ للقاضى ذلك (قوله ودراهم الآخر فى ذمته) أى وقت القسمة (قوله

قوله (والقرعة لتطييب القلوب) جواب الاستحسان والقياس يأباها لانه تعليق الاستحقاق بخروج القرعة وذلك قمار والهذا لم يجوز علماؤنا استعمالها فى دعوى النسب ودعوى المال وتعيين المطلقة ولكن تركناها ههنا بالتعامل الظاهر من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا من غير نكير وليس فى معنى القمار لان أصل الاستحقاق فيه يتعلق بما يستعمل فيه وأما ما نحن فيه فليس كذلك لان القاسم لو قال أنا عدلت فى القسمة فخذ أنت هذا الجانب وأنت هذا الجانب كان مستقيما الا أنه ربما يتهم فى ذلك فيستعمل القرعة تطييب قلوب الشركاء ونفى تهمة الميل عن نفسه وذلك جائز ألا ترى أن زكريا عليه السلام حيث استعمل القرعة مع الاحبار فى ضم مريم الى نفسه مع علمه بكونه أحق بها لكون خالتها عنده تطييبا لقلوبهم قال (ولا يدخل فى القسمة الدراهم والدنانير الخ) جماعة فى أيديهم عقار طلبوا قسمته وفى أحد الجانبين فضل فاراد

(قوله وليس فى معنى القمار لان أصل الاستحقاق فيه) أقول الضمير فى قوله فيه راجع الى القمار (قوله ألا ترى أن زكريا عليه السلام) أقول الظاهر أن

أحدهم أن يكون عوض الفضل دراهم وآخر لم يرض بذلك لم تدخل الدراهم في القسمة وان تراضوا أدخلها لانه لا شركة في الدراهم والقسمة فيما فيه الشركة ولانه يفوت التعديل المراد بالقسمة لان أحدهما يصل الى عين العقار ودراهم الآخر في ذمته قد لا يصل اليها وليس بين ما يصل اليه الرجل في الحال وما لا يصل معادلة فلا يصار اليه الا عند الضرورة ولهذا ذهب أبو يوسف رحمه الله فيما اذا كان أرض وبناء الى أنه يقسم كل ذلك على اعتبار القيمة لانه لا يمكن اعتبار المعادلة الا بالتقويم وأبو حنيفة رحمه الله الى أن الارض تقسم بالمساحة لانها الاصل في الممسوحات ثم يرد من وقع البناء في نصيبه أو من كان نصيبه أجود دراهم على الآخر حتى يساويه فتدخل الدراهم في القسمة ضرورة كالاخ لا ولاية له في المال ثم يملك تسمية الصداق ضرورة التزويج ومحمد رحمه الله الى أنه يرد على شريكه بمقابلة البناء ما يساويه من العرصة فان لم تف العرصة بقيمة البناء فحينئذ يرد الفضل دراهم لان الضرورة تحققت في هذا القدر فلا يترك الاصل الا لها وهذا يوافق رواية الاصل لانه قال فيه يقسم الدار مذارعة فلا يجعل لاحدهما على الآخر فضلا من الدراهم وغيرها كذا في بعض الشروح قوله (فان قسم بينهم) يعني أن قسم القسام الدار

المشتركة بين الشريكين ولاحدهما مسيل الماء في نصيب الآخر أو طريق فلا يخلو اما أن يمكن صرف ذلك عنه أولا (فان أمكن فليس له أن يستطرق) ويسيل (في نصيب الآخر) سواء كان ذلك مشروطا في القسمة أو لم يكن (لانه أمكن تحقيق معنى القسمة) وهو الافراز والتمييز (من غير ضرر) بان لا يبقى لكل واحد منهما تعلق بنصيب الآخر بصرف الطريق والمسيل الى غيره فلا تدخل فيه الحقوق وان شرطت بخلاف البيع فانها اذا شرطت فيه دخلت لانه أمكن تحقيق معنى البيع وهو التمليك مع بقاء هذا التعلق بملك غيره فلا تدخل الا بالشرط (وان لم يمكن) فاما أن يشترط ذلك في القسمة أولا فان كان الثاني (فسخت القسمة لانها مختلة لما فيه من الضرر وبقاء الاختلاط فتستأنف وهذا بخلاف البيع) فانه اذا باع دارا أو أرضا ولا يتمكن المشتري من الاستطراق ولا من تسييل الماء ولم تذكر الحقوق فانه (لا يفسد لان المقصود منه تملك العين وأنه يجامع تعذر الانتفاع في الحال) كما لو اشترى جحشا صغيرا (وأما القسمة فانها لتكميل المنفعة ولا يتم ذلك الا بالطريق) وان كان الاول يدخل فيها لان القسمة لتكميل المنفعة وذلك بالطريق والمسيل فيدخل عند التنصيص باعتبار التكميل وفيها معنى الافراز وذلك بانقطاع التعلق على تعلق

ما يساويه من العرصة واذا بقي فضل ولم يمكن تحقيق التسوية بان كان لا تفي العرصة بقيمة البناء فحينئذ يرد الفضل دراهم لان الضرورة في هذا القدر فلا يترك الاصل الا بها وهذا يوافق رواية الاصل قال (فان قسم بينهم ولاحدهم مسيل في نصيب الآخر أو طريق لم يشترط في القسمة فان أمكن صرف الطريق والمسيل عنه ليس له أن يستطرق في نصيب الآخر لانه أمكن تحقيق معنى القسمة من غير ضرر (وان لم يمكن فسخت القسمة) لان القسمة مختلة لبقاء الاختلاط فتستأنف بخلاف البيع حيث لا يفسد في هذه الصورة لان المقصود منه تملك العين وانه يجامع تعذر الانتفاع في الحال أما القسمة لتكميل المنفعة ولا يتم ذلك الا بالطريق ولو ذكر الحقوق في الوجه الاول كذلك الجواب لان معنى القسمة الافراز والتمييز وتمام ذلك بان لا يبقى لكل واحد

الاستحقاق بخروج القرعة وهو في معنى القمار والقمار حرام ولهذا لم يجوز علماؤنا استعمالها في دعوى النسب ودعوى الملك وتعيين العتق أو المطلقة ولكنا تركنا القياس ههنا بالسنة والتعامل الظاهر من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا من غير نكير منكر وليس هذا في معنى القمار لان أصل الاستحقاق في القمار يتعلق بما استعمل فيه وفيما نحن فيه لا يتعلق أصل الاستحقاق بخروج القرعة لان القاسم لو قال أنا عدلت في القسمة فخذ أنت هذا الجانب وأنت ذاك الجانب كان مستقيما الا أنه ربما يتهم في ذلك فيستعمل القرعة لتطييب قلوب الشركاء ونفي تهمة الميل عن نفسه وذلك جائز ألا يرى أن يونس عليه السلام في مثل هذا استعمل القرعة مع أصحاب السفينة كما قال الله تعالى فساهم فكان من المدحضين وذلك لانه علم أنه هو

وانه) أي البيع يجامع تعذر الانتفاع كمن اشترى جحشا صغيرا أو أرضا سبخة فانه يجوز وان كان لا ينتفع به المشتري فاما القسمة فالمقصود منها ايصال كل واحد منهم الى الانتفاع بنصيبه واذا لم يكن له مفتح الى الطريق ولا مسيل ماء فهذه قسمة وقعت على الضرر فلا يجوز وصورته دار بين رجلين وفيها صفة فيها بيت وباب البيت في الصفة ومسيل ماء ظهر البيت على ظهر الصفة فاقتسما وأصاب الصفة أحدهما وقطعة من الساحة وأصاب البيت أحدهما وقطعة من الساحة ولم يذكر والطريقا ولا مسيل ماء وصاحب البيت يقدر ان يفتح بابا فيما أصابه من الساحة ويسيل ماؤه في ذلك فاراد ان يمر في الصفة على حاله ويسيل ماؤه على ما كان فليس له ذلك سواء شرط كل واحد منهما ان له أصابه بكل حق له أولم يشترط ذلك بخلاف البيع (قوله ولو ذكر الحقوق في الوجه الاول) أي فيما اذا أمكن صرف الطريق والمسيل عنه (قوله فكذلك الجواب) أي ليس له ان

يقال ألا يرى الى أن الخ (قوله لانه لا شركة) أقول تعليل لقوله لم يدخل الدراهم في القسمة (قوله كذا في بعض الشروح) أقول يعني الاتقاني في غاية البيان (قوله سواء كان ذلك مشروطا) أقول بذكر الحقوق (قوله أمكن تحقيق معنى القسمة الى قوله بان لا يبقى لكل واحد منهما تعلق بنصيب الآخر بصرف الطريق الخ) أقول قوله بان متعلق بقوله تحقيق وقوله بصرف الطريق متعلق بقوله لا يبقى (قوله فلا يدخل الا بالشرط) أقول في التفريع نوع تأمل

تعلق بنصيب الآخر وقد أمكن تحقيقه بصرف الطريق والمسيل الى غيره من غير ضرر فيصار اليه بخلاف البيع اذا ذكر فيه الحقوق حيث يدخل فيه ما كان له من الطريق والمسيل لانه أمكن تحقيق معنى البيع وهو التمليك مع بقاء هذا التعليق بملك غيره وفى الوجه الثانى يدخل فيها لان القسمة لتكميل المنفعة وذلك بالطريق والمسيل فيدخل عند التنصيص باعتباره وفيها معنى الافراز وذلك بانقطاع التعلق على ماذكرنا فباعتباره لا يدخل من غير تنصيص بخلاف الاجارة حيث يدخل فيها بدون التنصيص لان كل المقصود الانتفاع وذلك لا يحصل الا بادخال الشرب والطريق فيدخل من غير ذكر (ولو اختلفوا فى رفع الطريق بينهم فى القسمة ان كان يستقيم لكل واحد طريق يفتحه فى نصيبه قسم الحاكم من غير طريق يرفع لجماعتهم) لتحقق الافراز بالكلية دونه (وان كان لا يستقيم ذلك رفع طريقا بين جماعتهم) ليتحقق تكميل المنفعة فيما وراء الطريق (ولو اختلفوا فى مقداره جعل على عرض باب الدار وطوله) لان الحاجة تندفع به

المقصود ولكن لو ألقى نفسه فى الماء ربما نسب الى ما لا يليق بالانبياء فاستعمل القرعة لذلك وكذلك زكريا عليه السلام استعمل القرعة مع الاحبار فى ضم مريم الى نفسه مع علمه بكونه أحق بها منهم لكون خالتها عنده تطييبا للقلوب بهم كما قال الله تعالى اذ يلقون أقلامهم أيهم يكفل مريم وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقرع بين نسائه اذا أراد السفر تطييبا لقلوبهن انتهى كلامهم وعزا فى النهاية ومعراج الدراية هذا التفصيل الى

يستطرق ويسيل فى نصيب الآخر مع ذكر الحقوق ثم المراد من ذكر الحقوق ان يقول هذا لك بحقوقه وأما اذا قال هذا لك بطريقه وشربه ومسيل مائه فانه يثبت هذه الحقوق (قوله وفى الوجه الثانى) أى فيما اذا لم يمكن صرف الطريق والمسيل عنه يدخل فيها أى لو ذكر الحقوق لان القسمة لتمليك المنفعة وذلك بالطريق والمسيل فيدخل عند التنصيص باعتباره أى باعتبار تكميل المنفعة وفيها معنى الافراز فباعتباره لا يدخل من غير تنصيص أى باعتبار معنى الافراز لا يدخل الطريق الذى فى نصيب الآخر وذلك لان معنى الافراز لما كان مراعى فى القسمة كان ينبغى ان لا يدخل الطريق والمسيل اللذان فى نصيب صاحبه وان ذكر الحقوق فى القسمة لانه حينئذ لا يحصل الانقطاع والافراز من كل وجه لكن فى القسمة وان كان معنى الافراز ففيها معنى تكميل المنفعة فاعتبر كلاهما بهذا الطريق (قوله بخلاف الاجارة حيث يدخل فيها بدون التنصيص) أى بدون ذكر الحقوق لان كل المقصود الانتفاع وذلك لا يحصل الا بدخول الشرب والطريق فيدخل من غير ذكر وقد أورد فى مسئلة الاجارة شبهة فى القسمة حيث لم يدخل الطريق والمسيل فى القسمة من غير ذكر الحقوق لتصحيح القسمة حيث فسدت القسمة ودخل فى الاجارة لتصحيح الاجارة فقال فان قيل فعلى هذا ينبغى ان يدخل الطريق وان لم يذكر الحقوق والمرافق لتصحيح القسمة كما اذا استأجر أرضا دخل الشرب والطريق وان لم يذكر الحقوق والمرافق لتحصيل المنفعة قلنا ان هناك موضع الشرب والطريق ليس مما تتناوله الاجارة لكن يتوسل به الى الانتفاع بالمستأجر والاجر انما يستوجب للآجر اذا تمكن المستأجر من الانتفاع ففى ادخال الشرب والطريق توفير الشفقة عليهما فاما ههنا فموضع الطريق والمسيل داخل فى القسمة فوجب القسمة اختصاص كل واحد منهما بما هو نصيبه فلو أثبتنا لاحدهما حقا فى نصيب الآخر تضرر به الآخر ولا يجوز الحاق الضرر به بدون رضاه وانما دليل الرضا اشتراط الحقوق والمرافق فلهذا لا يدخل الطريق والمسيل بدون ذكر الحقوق وذكر الحاكم الشهيد فى المختصر انهما يدخلان من غير ذكر فعلى هذا لا يحتاج الى الفرق (قوله ولو اختلفوا فى رفع الطريق بينهم فى القسمة) أى قال بعض الشركاء يرفع طريقا بيننا وقال بعضهم لا يرفع (قوله ولو اختلفوا فى مقدار الطريق) أى فى سعته وضيقه جعل الطريق بينهم على عرض باب

ماذكرنا فباعتباره لا يدخل من غير تنصيص وتقريره أن فى القسمة تكميلا وافرازا والحقوق بالنظر الى التكميل تدخل وان لم تذكر وبالنظر الى الافراز لا تدخل وان ذكرت لان دخولها ينافى الافراز فقلنا تدخل عند التنصيص ولا تدخل عند عدمه اعمالا للوجهين بقدر الامكان بخلاف الاجارة حيث تدخل فيها بدون التنصيص لان كل المقصود الانتفاع وهو لا يحصل الا بادخال الشرب والطريق فيدخل من غير ذكر (ولو اختلف الشركاء فى رفع الطريق بينهم عن القسمة) فقال بعضهم لا ندع طريقا مشتركا بيننا بل نقسم الكل وقال بعضهم بل ندع ينظر القاضى فى حالهم ان كان يستقيم لكل واحد طريق يفتحه فى نصيبه (قسم الحاكم بغير طريق يترك للجماعة لتحقق الافراز بالكلية دونه) أى دون رفع الطريق (وان كان لا يستقيم رفع طريقا بين جماعتهم ليتحقق تكميل المنفعة فيما وراء الطريق ولو اختلفوا فى مقداره) أى فى سعة الطريق وضيقه وطوله فقال بعضهم تجعل سعة الطريق أكبر من عرض الباب الاعظم وطوله من الاعلى الى السماء وقال بعضهم غير ذلك (جعل على عرض الباب وطوله لان الحاجة تندفع به) فلا فائدة فى جعله أعرض من ذلك وفائدة قسمتها وراء طول الباب من الاعلى هى ان أحد الشركاء اذا أراد أن يشرع جناحا فى نصيبه ان كان فوق طول الباب كان له ذلك لان الهواء فيما زاد على طول الباب مقسوم بينهم فكان بانيا على خالص حقه وان كان فيما دون طول الباب يمنع من ذلك لان قدر طوله مشترك بينهم فصار بانيا على الهواء المشترك وهو لا يجوز من غير رضا الشركاء وان كان المقسوم أرضا يرفع من الطريق بمقدار ما يمر فيه ثور واحد لانه لابد للزراعة من ذلك ولا يجعل مقدار ما يمر فيه ثوران معا وان كان محتاجا الى ذلك لانه كما

(والطريق على سهامهم كما كان قبل القسمة) لان القسمة فيما وراء الطريق لافيه (ولو شرطوا أن يكون الطريق بينهما أثلاثا جاز وان كان أصل الدار نصفين) لان القسمة على التفاضل جائزة بالتراضي قال (واذا كان سفل لاعلو عليه وعلو لاسفل له وسفل له علو قوم كل واحد على حدته وقسم بالقيمة ولا معتبر بغير ذلك) قال رضي الله عنه هذا عند محمد رحمه الله وقال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله يقسم بالذرع

المبسوط أقول بين أول كلامهم هذا وآخره تدافع لانهم صرحوا أولا بان مشروعية استعمال القرعة ههنا جواب الاستحسان والقياس يابى ذلك لكونه فى معنى القمار وقالوا آخرا ان هذا ليس فى معنى القمار وبينوا الفرق بينه و بين القمار وذكروا وورود نظائره فى الكتاب والسنة فقد دل ذلك على أنه ليس مما يأباه القياس أصلا بل هو مما يقتضيه القياس أيضا فتدافعا (قوله واذا كان سفل لاعلو له وعلو لاسفل له وسفل له علو الخ) قال صاحب العناية صورة المسئلة أن يكون علو مشترك بين رجلين وسفله لآخر وسفل مشترك بينهما وعلوه لآخر و بيت كامل مشترك بينهما والكل فى دار واحدة أو فى دارين لكن تراضيا على القسمة وطلبا من القاضى القسمة وانما قيدنا بذلك لئلا يقال تقسيم العلو مع السفل قسمة واحدة اذا كانت البيوت متفرقة لايصح عند أبى حنيفة رحمه الله اه وقد أخذ الشارح المزبور ذلك التقييد مما ذكر فى النهاية ومعراج الدراية من السؤال والجواب بان يقال فان قيل كيف يقسم العلو مع السفل قسمة واحدة عند أبى حنيفة ومن مذهبه أن البيوت المتفرقة لاتقسم قسمة واحدة اذا لم تكن فى دار واحدة قلنا موضوع المسئلة أنهما كانا فى دار واحدة والبيتان فى دار واحدة عند أبى حنيفة يقسم قسمة جمع ولئن كانا فى دارين فهو محمول على ما اذا تراضيا على القسمة ولكن طلبوا من القاضى المعادلة فيما بينهم وعند أبى حنيفة تجوز القسمة على هذا الوجه حالة الرضا اه وقد ذكر هذا السؤال والجواب فى الذخيرة أيضا فهى المأخذ الاصلى أقول فيه اشكال من حيث الرواية والدراية أما الاول فلان ذلك التقييد مخالف لروايات عامة الكتب منها ماذكره المصنف فى الفصل السابق حيث قال والبيوت فى محل أو محال تقسم قسمة واحدة لان التفاوت فيها يسير اه ولاشك أن المحلة فوق الدار فاذا قسمت البيوت فى محال متعددة قسمة واحدة بالاجماع فلان قسمت فى دور متعددة قسمة واحدة بالاجماع أولى كما لايخفى ومنها ماذكره صاحب الكافى فى الفصل السابق حيث قال ثم هى على ثلاثة فصول عند أبى حنيفة الدور والبيوت والمنازل فالدور لاتقسم عنده قسمة واحدة الا برضا الشركاء سواء كانت متباينة أو متلازقة والبيوت تقسم قسمة واحدة سواء كانت متباينة أو متلازقة لانها لاتتفاوت فى معنى السكنى ولهذا تؤجر باجرة واحدة فى كل محلة والمنازل المتلازقة كالبيوت تقسم قسمة واحدة والمتباينة كالدور ولاتقسم قسمة واحدة لان المنزل فوق البيت ودون الدار فالحقت المنازل بالبيوت اذا كانت متلازقة و بالدور اذا كانت متباينة وقالا فى الفصول كلها ينظر القاضى الى أعدل الوجوه ليمضى القسمة على ذلك اه

الدار وطوله لان باب الدار طريق متفق عليه والمختلف فيه يرد الى المتفق عليه ولانه اذا اكتفى بذلك فى المدخل فكذا فى السلوك (قوله والطريق على سهامهم كما كان قبل القسمة) لان القسمة فى غير الطريق لافيه ثم المراد من طول الطريق هو الطول من حيث الاعلى لاطوله من حيث المشى هكذا ذكره شيخ الاسلام فى مبسوطه و قال ولم يرد محمد رحمه الله بذكر الطول الذى هو ضد العرض لان ذلك الطول انما يكون الى حيث ينتهون بها الى الطريق الاعظم وفائدة قسمة ماوراء طول الباب من الاعلى هى ان أحد الشركاء اذا أراد ان يخرج جناحا فى نصيبه ان كان فوق طول الباب كان له ذلك لان الهواء فيما زاد على طول الباب مقسوم بينهم فصار بناء خالص حقه وان كان فيما دون طول الباب منع من ذلك لان قدر طول الباب من الهواء مشترك فيما بينهم والبناء على الهواء المشترك لايجوز من غير رضا الشركاء وان كان أرضا يرفع مقدار مايمر فيه ثور لانه لابد لذلك من الزراعة ولايجعل مقدار الطريق مقدار مايمر ثوران معا وان كان يحتاج الى ذلك لانه كما يحتاج الى هذا يحتاج الى العجلة فيؤدى الى مالا يتناهى (قوله واذا كان سفل لاعلو) له فى مسئلة الكتاب ان يجعل

يحتاج الى هذا يحتاج الى العجلة فيؤدى الى مالا يتناهى كذا فى النهاية وباقى كلامه واضح قال (واذا كان سفل لاعلو له) صورة المسئلة ان يكون علو مشتركا بين رجلين وسفله لآخر وسفل مشتركا بينهما وعلوه لآخر و بيت كامل مشتركا بينهما والكل فى دار واحدة أو فى دارين لكن تراضيا على القسمة وطلبا من القاضى القسمة وانما قيدنا بذلك لئلا يقال تقسيم العلو مع السفل قسمة واحدة اذا كانت البيوت متفرقة لايصح عند أبى حنيفة رحمه الله واذا ظهر ذلك فاعلم أن علماءنا رحمهم الله اختلفوا فى كيفية قسمة ذلك فقال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله يقسم بالذرع لانه الاصل فى القسمة فى المذروع لكون الشركة فيه لا فى القيمة وقال محمد رحمه الله يقسم بالقيمة فان كانت قيمتهما سواء كان ذراع بذراع وان كانت قيمة أحدهما نصف قيمة الآخر يحسب ذراع بذراعين وعلى

لمحمد أن السفل يصلح لما لا يصلح له العلو من اتخاذه بئر ماء أو سردابا أو اصطبلا أو غير ذلك فلا يتحقق التعديل الا بالقيمة وهما يقولان ان القسمة بالذرع هى الاصل لان الشركة فى المذروع لا فى القيمة فيصار اليه ما أمكن والمراعى التسوية فى السكنى لا فى المرافق ثم اختلفا فيما بينهما فى كيفية القسمة بالذرع فقال أبو حنيفة رحمه الله ذراع من سفل بذراعين من علو وقال أبو يوسف رحمه الله ذراع بذراع قيل أجاب كل واحد منهم على عادة أهل عصره أو أهل بلده فى تفضيل السفل على العلو

وهكذا ذكر فى الفصل السابق فى عامة الشروح حتى قال فى العناية هناك والبيوت تقسم مطلقا لتقاربها فى معنى السكنى ومنها ماذكره الامام قاضيخان فى فتاواه حيث قال وان كان بين رجلين بيتان له أن يجمع نصيب أحدهما فى بيت واحد متصلين كانا أو منفصلين ولو كان بينهما منزلان ان كانا منفصلين فهما كالدارين لا يجمع نصيب أحدهما فى منزل واحد ولكنه يقسم كل منزل قسمة على حدة ولو كانا متصلين فهما كالبيتين له أن يجمع نصيب أحدهما فى منزل واحد وهذا كله قول أبى حنيفة وقال صاحباه الدار والبيت سواء والرأى فيه للقاضى انتهى ومنها ماذكره صاحب البدائع حيث قال وأما البيتان فيقسمان قسمة جمع بالاجماع متصلين كانا أو منفصلين اه الى غير ذلك من المعتبرات ولا يخفى على ذى فطنة أن مدلول كل واحد منهما أن يقسم البيتان أو البيوت عنده قسمة واحدة على الاطلاق وأما الثانى فلانه ان أريد بالتراضى فى قوله أو فى دارين لكن تراضيا على القسمة تراضيهما فيما بينهما على قسمة معينة لزم أن لا يستقيم بيان الخلاف فى هذه بين أئمتنا الثلاثة على الوجه المفصل فى الكتاب اذ يرتفع الخلاف حينئذ بالكلية فانه يجوز القسمة على وفق تراضيهما على شئ معين كيفما كان بلا خلاف من أحد ألا يرى أن الدور مطلقا لا تقسم قسمة واحدة عند أبى حنيفة وعند تراضى الشركاء فيما بينهم على تلك القسمة تقسم بها عنده أيضا كما صرحوا به قاطبة وان أريد بالتراضى المذكور تراضيهما على مجرد القسمة بدون تعيين شئ كما هو الظاهر من عبارة النهاية ومعراج الدراية والذخيرة وهى قولهم ولئن كانا فى دارين فهو محمول على ما اذا تراضيا على القسمة ولكن طلبوا من القاضى المعادلة فيما بينهم لم يفد التقييد بذلك شيأ لانهما انما تراضيا حينئذ على القسمة العادلة فان كان مذهب أبى حنيفة أن البيوت المتفرقة لا تقسم قسمة واحدة فالظاهر أن وجهه عدم امكان التعديل فى قسمتها قسمة واحدة كما قال فى الدور فاذا لم يمكن التعديل فيها فكيف تجوز بمجرد تراضيهما على القسمة مع طلب المعادلة فيها وبالجملة لا يرى معنى فقهى فارق بين صدور التصريح بالتراضى على ذلك المعنى منهما وعدم صدوره فيما يعنى اختلاف جواب المسئلة فى الصورتين فتأمل (قوله لمحمد أن السفل يصلح لما لا يصلح له العلو من اتخاذه بئر ماء أو سردابا أو اصطبلا أو غير ذلك فلا يتحقق التعديل الا بالقيمة) أقول كان الظاهر فى التعليل من قبل محمد أن يزاد على قوله ان السفل يصلح لما لا يصلح له العلو وان العلو يصلح لما لا يصلح له السفل كدفع ضرر الندى فى موضع يكثر فيه الندى واستنشاق الهواء الملائم وغير ذلك فان مجرد صلاحية السفل لما لا يصلح له العلو بدون العكس تقتضى تفضيل السفل على العلو مطلقا كما هو مذهب أبى حنيفة فلا ينافى تقسيم ذراع من سفل بذراعين من علو بخلاف تفضيل السفل مرة وتفضيل العلو أخرى فانه ينافى القسمة بالذرع أصلا ويقتضى المصير الى القسمة بالقيمة ليتحقق التعديل وعن هذا قال فيما سيأتى ولمحمد أن المنفعة تختلف باختلاف الحر والبرد بالاضافة اليهما فلا يمكن التعديل الا بالقيمة وقالوا الفتوى اليوم على قول محمد (قوله قيل أجاب كل واحد منهم على عادة أهل عصره أو أهل بلده فى تفضيل السفل على العلو

عنابة ما تتذراع من العلو المجرد ثلاثة وثلاثون وثلث ذراع أى سفل مشترك بين رجلين لا علو عليه أو عليه علو لآخر وعلو لا سفل له أى علو مشترك بين رجلين وسفله لآخر وسفل وعلو مشترك بينهما (قوله وقيل أجاب كل واحد على عادة أهل عصره أو أهل بلده فى تفضيل السفل على العلو) وقيل ان أبا حنيفة رحمه الله أجاب بناء على ماشاهده من عادة أهل الكوفة فى تفضيل السفل على العلو

هذا الحساب لان السفل يصلح لما لا يصلح له العلو من حفر البئر واتخاذ السرداب والاصطبل وغيرها فلا يتحقق التعديل الا بالقيمة ثم اختلف الشيخان فى كيفية القسمة بالذرع فقال أبو حنيفة ذراع سفل بذراعين من علو وقال أبو يوسف ذراع بذراع واختلف المشايخ بان مبنى هذا الاختلاف اختلاف عادة أهل العصر والبلدان فى تفضيل السفل على العلو أو العكس من ذلك أو استوائهما أو هو معنى فقهى فقال بعضهم أجاب كل واحد منهم على عادة أهل عصره أجاب أبو حنيفة بناء على ماشاهد من عادة أهل الكوفة فى اختيار السفل على العلو وأبو يوسف بناه على ماشاهد من عادة أهل بغداد فى التسوية بين العلو والسفل فى منفعة السكنى ومحمد على ماشاهد من اختلاف العادات فى البلدان من تفضيل السفل مرة والعلو أخرى وقال بعضهم بل مبناه معنى فقهى ووجه قول أبى حنيفة رحمه الله أن منفعة السفل تربو على منفعة العلو بضعفه لانها تبقى بعد فوات العلو دون العكس

(قوله أو هو معنى فقهى) أقول معطوف على قوله اختلاف عادة أهل عصر

وكذا السفل فيه منفعة البناء والسكنى وفى العلو منفعة السكنى لاغير اذ لا يمكنه البناء على علوه الا برضا صاحب السفل فيعتبر ذراعان منه بذراع من السفل ولابى يوسف رحمه الله أن المقصود أصل السكنى وهما يتساويان فيه والمنفعتان متماثلتان لان لكل واحد منهما أن يفعل ما لا يضر بالآخر على أصله ولمحمد رحمه الله أن المنفعة تختلف باختلاف الحر والبرد بالاضافة اليهما فلا يمكن التعديل الا بالقيمة وقوله لا يفتقر الى التفسير وتفسير قول أبى حنيفة رحمه الله فى مسئلة الكتاب أن يجعل بمقابلة مائة ذراع من العلو المجرد ثلاثة وثلاثون وثلث ذراع من البيت الكامل لان العلو عنده مثل نصف السفل فثلاثة وثلاثون وثلث من العلو الكامل فى مقابلة مثله من العلو المجرد وثلاثة وثلاثون وثلث من سفل الكامل فى مقابلة ستة وستين وثلثين من العلو المجرد فذلك تمام مائة ويجعل بمقابلة مائة ذراع من السفل المجرد ستة وستون وثلثا ذراع من البيت الكامل لان علوه مثل نصف سفله فستة وستون وثلثان من السفل الكامل بمقابلة مثله من السفل المجرد وستة وستون وثلثان من علو الكامل فى مقابلة ثلاثة وثلاثين وثلث ذراع من السفل المجرد فذلك تمام مائة وتفسير قول أبى يوسف رحمه الله ظاهر على ما ذكر فى الكتاب

(قال المصنف وكذا السفل فيه منفعة البناء والسكنى) أقول مخالف لقوله والمراعى التسوية فى السكنى لا فى المرافق الا أن يفرق بين ما ذكره محمد وما ذكره أبو حنيفة وهو غير ظاهر (قوله فى السفل المجرد) أقول الظاهر أن يقال من السفل لان

واستوائهما وتفضيل السفل مرة والعلو أخرى وقيل هو اختلاف معنى ووجه قول أبى حنيفة رحمه الله ان منفعة السفل تربو على منفعة العلو بضعفه لانها تبقى بعد فوات العلو ومنفعة العلو لا تبقى بعد فناء السفل وكذا السفل فيه منفعة البناء والسكنى وفى العلو السكنى لاغير اذ لا يمكنه البناء على علوه الا برضا صاحب السفل فيعتبر ذراعان منه بذراع من السفل ولابى يوسف أن المقصود أصل السكنى وهما يتساويان فيه والمنفعتان متماثلتان

واستوائهما وتفضيل السفل مرة والعلو أخرى وقيل هو اختلاف معنى) قال صاحب العناية فى شرح هذا المقام واختلف المشايخ بان مبنى هذا الاختلاف اختلاف عادة أهل العصر والبلدان فى تفضيل السفل على العلو أو العكس من ذلك أو استوائهما أو هو معنى فقهى فقال بعضهم أجاب كل منهم على عادة أهل عصره أجاب أبو حنيفة بناء على ما شاهده من أهل الكوفة فى اختيار السفل على العلو وأبو يوسف بناء على ما شاهد من أهل بغداد فى التسوية بين العلو والسفل فى منفعة السكنى ومحمد بناء على ما شاهده من اختلاف العادات فى البلدان من تفضيل السفل مرة والعلو أخرى انتهى أقول فى أوائل تحريره خلل حيث قال أو العكس من ذلك ولا يخفى أن عكس تفضيل السفل على العلو مطلقا انما هو تفضيل العلو على السفل مطلقا وهو ليس بمذهب أحد فى الاختلاف المذكور وانما المذهب فيه تفضيل السفل على العلو مطلقا كما قال به أبو حنيفة واستواؤهما كما قال به أبو يوسف وتفضيل السفل مرة والعلو أخرى كما قال به محمد وليس الثالث بعكس الاول كما لا يخفى ولله در صاحب الهداية فى حسن تحريره واصابته حيث قال فى تفضيل السفل على العلو واستوائهما وتفضيل السفل مرة والعلو أخرى فأصاب الحز فى افادة عين المذاهب الثلاثة الواقعة فى الاختلاف المذكور كما ترى (قوله وكذا السفل فيه منفعة البناء والسكنى وفى العلو السكنى لاغير) قال بعض الفضلاء هذا مخالف لقوله والمراعى التسوية فى السكنى لا المرافق الا أن يفرق بين ما ذكره محمد وما ذكره أبو حنيفة وهو غير ظاهر اهـ أقول ليس ذلك بسديد أما أولا فلان معنى قوله فيما مر والمراعى التسوية فى السكنى لا فى المرافق أن المراعى فى نفس القسمة بالذرع التى هى الاصل التسوية فى السكنى لا فى المرافق اذ الاتحاد فى الجنس يحصل بالاتحاد فى منفعة السكنى بدون الاحتياج الى الاتحاد فى المرافق فيصار الى ما هو الاصل عند الاتحاد فى الجنس من قسمة العين دون القيمة ومراده ههنا بقوله وكذا السفل فيه منفعة البناء والسكنى وفى العلو السكنى لاغير بيان مراعاة منفعة غير السكنى أيضا فى كيفية القسمة عند أبى حنيفة وهى ذراع من سفل بذراعين من علو ولا بعد فى أن يراعى فى كيفية القسمة بالذرع ما لا يراعى فى نفس القسمة بالذرع فان نفس القسمة بالذرع قد تتحقق منفكة عن تلك الكيفية كما فى قسمة البيت السفلى فقط أو العلوى فقط فلا مخالفة بين الكلامين فى المقامين كما لا يخفى وأما ثانيا فلانه لا معنى لقوله الا أن يفرق بين ما ذكره محمد وما ذكره أبو حنيفة فان المذكور فيما مر بقوله والمراعى التسوية فى السكنى لا فى المرافق انما هو قول أبى حنيفة وأبى يوسف والمذكور ههنا بقوله وكذا السفل فيه منفعة السكنى الى آخره انما هو وجه قول أبى حنيفة وحده وما ذكره محمد بمعزل عن ذينك القولين معا فلا تأثير للفرق بين ما ذكره محمد وما ذكره أبو حنيفة فى دفع المخالفة بينهما كما ادعاها على أن قوله وهو غير ظاهر ليس بصحيح اذ لا شك فى ظهور الفرق بين ما ذكره محمد وما ذكره أبو حنيفة كما ترى (قوله ولابى يوسف أن المقصود أصل السكنى) أقول حق التحرير أن يقال ان أصل المقصود

(قوله واستوائهما) فابو يوسف رحمه الله أجاب بناء على ما شاهده من عادة أهل بغداد فى التسوية بين السفل والعلو فى منفعة السكنى (قوله وتفضيل السفل مرة والعلو أخرى) ومحمد رحمه الله شاهد اختلاف العادات فى البلدان فى ذلك فقال انما يقسم بالقيمة

لان لكل واحد منهما أن يفعل مالا يضر بالآخر على أصله ولمحمد أن المنفعة تختلف باختلاف الحر والبرد بالاضافة اليهما فلا يمكن التعديل الا بالقيمة والفتوى اليوم على قول محمد رحمه الله وقوله لا يفتقر الى التفسير وتفسير قول أبي حنيفة رحمه الله في مسئلة الكتاب أن يجعل بمقابلة مائة ذراع من العلو المجرد ثلاثة وثلاثون وثلث ذراع من البيت الكامل لان العلو مثل نصف السفل فثلاثة وثلاثون وثلث من السفل ستة وستون وثلثان من العلو المجرد ومعه ثلاثة وثلاثون وثلث ذراع من العلو فبلغت مائة ذراع تساوى مائة من العلو المجرد ويجعل بمقابلة مائة ذراع من السفل المجرد من البيت الكامل ستة وستون وثلثا ذراع لان علوه مثل نصف سفله فبلغت مائة ذراع كما ذكرناه والسفل المجرد ستة وستون وثلثان لانه ضعف العلو فيجعل بمقابلته مثله وتفسير قول أبي يوسف أن يجعل بازاء خمسين ذراعا من البيت الكامل مائة ذراع من السفل المجرد ومائة ذراع من العلو المجرد لان السفل والعلو عنده سواء فخمسون ذراعا من البيت الكامل بمنزلة مائة ذراع خمسون منها سفل وخمسون منها علو قال (واذا اختلف المتقاسمون وشهد القاسمان قبلت شهادتهما) قال رضى الله عنه هذا الذي ذكره قول أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لا تقبل وهو قول أبي يوسف أولا وبه قال الشافعي وذكر الخصاف قول محمد مع قولهما وقاسما القاضي وغيرهما سواء لمحمد أنهما شهدا على فعل أنفسهما فلا تقبل كمن علق عتق عبده بفعل غيره فشهد ذلك الغير على فعله ولهما أنهما شهدا على فعل غيرهما وهو الاستيفاء والقبض لا على فعل أنفسهما لان فعلهما التمييز ولا حاجة الى الشهادة عليه أولانه لا يصلح مشهودا به لما أنه غير لازم وانما يلزمه بالقبض والاستيفاء وهو فعل الغير فتقبل الشهادة عليه وقال الطحاوى اذا قسما باجر لا تقبل الشهادة بالاجماع واليه مال بعض المشايخ لانهما يدعيان ايفاء عمل استؤجرا عليه فكانت شهادة صورة ودعوى معنى فلا تقبل الا انا نقول هما لا يجران بهذه الشهادة الى أنفسهما مغنما لاتفاق الخصوم على ايفائهما العمل المستأجر عليه وهو التمييز وانما الاختلاف في الاستيفاء فانتفت التهمة (ولو شهد قاسم واحد لا تقبل) لان شهادة الفرد غير مقبولة على الغير ولو أمر القاضي أمينه بدفع المال الى آخر يقبل قول الامين في دفع الضمان عن نفسه ولا يقبل في الزام الآخر اذا كان منكرا والله أعلم

(قوله واذا اختلف المتقاسمون) فقال بعضهم بعض نصيبي في يد صاحبي (وشهد القاسمان قبلت شهادتهما) ذكره القدوري ولم يذكر خلافا وكأنه مال الى قول الخصاف فانه ذكر قول محمد كقولهما وقوله أولانه أي التمييز لا يصلح مشهودا به لما أنه غير لازم قبل لان الرجوع صحيح قبل القبض وهو صحيح اذا كانت القسمة بتراضيهما أما اذا كان القاضي أو نائبه يقسم فليس لبعض الشركاء أن يابى ذلك بعد خروج بعض السهام والباقي واضح

هو السكنى وهذا ظاهر للفطن المتدبر في المقام (قوله والسفل المجرد ستة وستون وثلثان لانه ضعف العلو فيجعل بمقابلته مثله) قال بعض الفضلاء قوله والسفل المجرد الى آخره مستدرك لا حاجة اليه كما لا يخفى انتهى أقول دعوى استدراكه بالكلية خروج عن دائرة الانصاف فان قوله فيما قبل لان العلو مثل نصف السفل ليس ببيان كامل لقوله ويجعل بمقابلة مائة ذراع من السفل المجرد من البيت الكامل ستة وستون وثلثا ذراع وانما يكمل البيان بقوله والسفل المجرد أي سفل البيت الكامل ستة وستون وثلثان لانه ضعف العلو فيجعل بمقابلته مثله أي بمقابلة مثله من السفل المجرد الذي لا علو عليه أصلا نعم حق البيان أن يؤخر قوله فبلغت مائة ذراع كما ذكرنا على قوله فيجعل بمقابلة مثله تبصر تفهم

(قوله ولمحمد رحمه الله ان المنفعة تختلف باختلاف الحر والبرد بالاضافة اليهما) أي الى العلو والسفل وقيل في بعض البلدان يكون قيمة العلو أكثر من قيمة السفل كما في مكة ومصر وفي بعضها يكون بالعكس كما في الكوفة وفي كل موضع يكثر الندى يختار العلو على السفل وفي كل موضع يشتد البرد ويكثر الريح يختار السفل على العلو (قوله من البيت الكامل) أي المشتمل على العلو والسفل لان علوه مثل نصف السفل فكان العلو والسفل مثل مائة ذراع من السفل وموضوع هذه المسئلة انهما في دار واحدة وعنده تقسم اذا كانت في دار واحدة وان كانت في دار ين فمحمولة على رضاهم بذلك لانهم طلبوا المعادلة من القاضي وعنده تجوز القسمة على هذا الوجه (قوله واذا اختلف المتقاسمون وشهد القاسمان قبلت شهادتهما) أي اذا كان قسمة الدار [illegible] والارض بين الورثة أو المشترين فانكر بعضهم ان يكون استوفى نصيبه فشهد القاسمان اللذان توليا القسمة انه استوفى نصيبه قبلت شهادتهما عند أبي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله وهو قول أبي

*(باب دعوى الغلط فى القسمة والاستحقاق فيها) لما كان دعوى الغلط والاستحقاق من عوارض القسمة أخر ذكرها والاصل فى هذا الباب أن الاختلاف اما أن يكون فى مقدار ما حصل بالقسمة أو فى أمر بعد القسمة فان كان الاول تحالفا وتفسخ القسمة ان

(باب دعوى الغلط فى القسمة والاستحقاق فيها)

قال (واذا ادعى أحدهم الغلط وزعم أن مما أصابه شيا فى يد صاحبه وقد أشهد على نفسه بالاستيفاء لم يصدق على ذلك الا ببينة) لانه يدعى فسخ القسمة بعد وقوعها فلا يصدق الا بحجة فان لم يكن له بينة استحلف الشركاء فمن نكل منهم جمع بين نصيب الناكل والمدعى فيقسم بينهما على قدر أنصبائهما لان النكول حجة فى حقه خاصة فيعاملان على زعمهما قال رضى الله عنه ينبغى أن

(باب دعوى الغلط فى القسمة والاستحقاق فيها)

لما كان دعوى الغلط والاستحقاق من العوارض التى عسى أن تقع وأن لا تقع أخر ذكرها قال صاحب العناية أخذا من غاية البيان والاصل فى هذا الباب أن الاختلاف اما أن يكون فى مقدار ما حصل بالقسمة أو فى أمر بعد القسمة فان كان الاول تحالفا وتفسخ القسمة ان لم يكن فى دعواه متناقضا وان كان الثانى فحكمه البينة على المدعى واليمين على من أنكر اه واعترض عليه بعض الفضلاء حيث قال فيه بحث فانهم اذا اختلفوا فى التقويم والقسمة بالتراضى أو بقضاء القاضى والغبن يسير لا تحالف فيه ولا بينة ولا يمين كما يجىء اه أقول ذلك مندفع فان الظاهر أن المقسم فى الاصل المزبور هو الاختلاف الملتفت اليه المعتبر فى الشرع وما ذكره ذلك المعترض من الصورتين وهما الاختلاف فى التقويم فيما اذا كانت القسمة بالتراضى والاختلاف فيه فيما اذا كانت بقضاء القاضى ولكن الغبن يسير خارج عن المقسم المذكور لعدم الالتفات اليه فى الشرع كما يجىء فلا يرد به النقض على شئ من القسمين المذكورين فى الاصل المزبور (قوله فان لم تكن له بينة استحلف الشركاء) لانهم لو أقروا لزمهم فاذا أنكروا استحلفوا لرجاء النكول كذا فى الكافى وعامة الشروح وأورد عليه بعض الفضلاء حيث قال لو صح هذا لدل على وجوب تحليف المقر له اذا ادعى المقر أنه كذب فى اقراره مع أنه لا تحليف عليه عند أبى حنيفة ومحمد انتهى أقول ليس ذلك بوارد اذ قد تقرر فى كتاب الاقرار أن حكم الاقرار ظهور المقر به بلا تصديق من المقر له الا فى نسب الولاد ونحوه ولكن يرد الاقرار برد المقر له الا بعد تصديقه فانه لا يرد حينئذ أصلا فاذا تقرر ذلك فادعاء المقر أنه كذب فى اقراره ان كان بعد تصديق المقر له اياه فى اقراره لا يدل ما ذكروا ههنا على وجوب تحليف المقر له هنالك اذ لا يتمشى فيه أن يقال لو أقر المقر له بكذب المقر فى اقراره بعد تصديقه اياه فى اقراره لزمه ذلك فان الاقرار لما لم يرد بعد تصديق المقر له لم يلزم المقر له بعد ذلك شئ باقراره بكذب المقر فى اقراره والا لزم أن يرد الاقرار الاول برد المقر له ذلك بعد تصديقه اياه وان كان ذلك الادعاء قبل تصديق المقر له المقر فى اقراره فلا يدل ما ذكروا ههنا أيضا على ذلك فانه يتمشى فيه أن يقال لو أقر المقر له بكذب المقر فى اقراره لزمه ذلك ولكن لا يتمشى فيه أن يقال فاذا أنكر استحلف كما قالوا فيما نحن فيه لانه اذا أنكر ذلك كان مصدقا له فى اقراره لان انكار كذبه فى اقراره يقتضى تصديقه فى اقراره فبعد ذلك لا يقبل الاقرار الرد فلا فائدة فى استحلافه ولذلك لم يجب تحليف المقر له هنالك عند أبى حنيفة ومحمد بخلاف ما نحن فيه تأمل فيما قلنا فلعل فيه دقة ثم أقول لكن بقى فيما ذكروا شئ وهو أن قولهم لرجاء النكول فى قولهم فاذا أنكروا استحلفوا لرجاء النكول انما يرتبط بما قبله على قول من قال ان النكول اقرار وأما على قول من قال انه بذل لا اقرار كما ذهب اليه أبو حنيفة على ما مر فى كتاب الدعوى مفصلا فلا فانه اذا لم يكن اقرارا لا يلزم من لزوم اقرارهم لو أقروا وجوب استحلافهم اذا أنكروا لرجاء النكول فلا يرتبط آخر كلامهم بأوله كما لا يخفى على الفطن (قوله قال رضى الله عنه ينبغى أن

يوسف أولا والشافعى رحمه الله لا تقبل وذكر الخصاف ان قول محمد رحمه الله مع قولهما

(باب دعوى الغلط فى القسمة والاستحقاق فيها)

(قوله وقد أشهد على نفسه بالاستيفاء) أى أقر بالاستيفاء

لم يكن فى دعواه متناقضا وان كان الثانى فحكمه البينة على المدعى واليمين على من أنكر فعلى هذا اذا ادعى أحدهما الغلط فى القسمة وزعم أن مما أصابه شيا فى يد صاحبه وقد أشهد على نفسه بالاستيفاء لم يصدق على ذلك الا ببينة لانه يدعى فسخ القسمة بعد وقوعها فلا يصدق الا بحجة كالمشترى اذا ادعى لنفسه خيار الشرط فان أقامها فقد نور دعواه بها وان عجز عنها استحلف الشركاء لانهم لو أقروا لزمهم فاذا أنكروا استحلفوا لرجاء النكول فمن حلف لا سبيل عليه ومن نكل جمع بين نصيبه ونصيب المدعى كما ذكر فى الكتاب ولا تحالف لوجود التناقض فى دعواه قال المصنف رحمه الله (ينبغى أن

(قال المصنف والسفل المجرد ستة وستون الخ) أقول قوله والسفل المجرد الخ مستدرك لا حاجة اليه كما لا يخفى

(باب دعوى الغلط فى القسمة والاستحقاق)

(قوله فان كان الاول تحالفا الخ) أقول وفيه بحث فانهم اذا اختلفوا فى التقويم والقسمة بالتراضى أو بقضاء القاضى والغبن يسير لا تحالف فيه ولا بينة ولا يمين كما يجىء (قوله وان عجز عنها استحلف الشركاء لانهم لو أقروا لزمهم الخ) أقول لو صح لدل على وجوب تحليف المقر له اذا ادعى المقر أنه كذب فى اقراره مع أنه لا تحليف عليه عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله (قال المصنف ينبغى أن

لا تقبل

لايقبل دعواه أصلا) يعنى وان أقام البينة لتناقضه لانه اذا أشهد على نفسه أى أقر بالاستيفاء والاستيفاء عبارة عن قبض الحق بكماله كان الدعوى بعد ذلك تناقضا قوله (واليه أشار من بعد) يريد قوله وان قال أصابنى الى موضع كذا فلم يسلمه الى ولم يشهد على نفسه بالاستيفاء وكذبه شريكه تحالفا وفسخت القسمة لان الاختلاف فى مقدار ماحصل له بالقسمة فصار نظير الاختلاف فى مقدار المبيع ووجه الاشارة أن هذا المعنى قد وجد فى الصورة الاولى ولا تحالف فيها ولا سبب له سوى كون التناقض مانعا لصحة الدعوى واذا كان التناقض موجودا وجب أن

لاتقبل دعواه أصلا وان قال قد استوفيت حقي وأخذت بعضه وعجز عن اقامة البينة فالقول قول خصمه مع يمينه لانه يدعى عليه الغصب وهو ينكر ولو اختلفا فى التقويم فلا يخلو اما أن يكون يسيرا أو فاحشا لايدخل تحت تقويم المقومين فان كان الاول لم يلتفت الى دعواه سواء كانت القسمة بالتراضى أو بقضاء القاضى لان الاحتراز عن مثله عسر جدا وان كان الثانى فان كانت القسمة بقضاء القاضى فسخت لان الرضا منهم لم يوجد وتصرف القاضى مقيد بالعدل ولم يوجد وان كانت بالتراضى لم يذكره محمد رحمه الله وحكى عن الفقيه أبى جعفر الهندوانى رحمه الله انه كان يقول لقائل أن يقول لاتسمع هذه الدعوى لان القسمة فى معنى البيع ودعوى الغبن فيه من المالك لاتوجب نقضه أما البيع من غير المالك فانه ينقض بالغبن الفاحش كبيع الاب والوصى ولقائل أن يقول تسمع هذه الدعوى لان المعادلة شرط فى القسمة والتعديل فى الاشياء

لاتقبل دعواه أصلا لتناقضه واليه أشار من بعد (وان قال قد استوفيت حقي وأخذت بعضه فالقول قول خصمه مع يمينه) لانه يدعى عليه الغصب وهو منكر (وان قال أصابنى الى موضع كذا فلم يسلمه الى ولم يشهد على نفسه بالاستيفاء وكذبه شريكه تحالفا وفسخت القسمة) لان الاختلاف فى مقدار ماحصل له بالقسمة فصار نظير

لاتقبل دعواه أصلا لتناقضه) قال صدر الشريعة فى شرح الوقاية بعد نقل هذا عن الهداية وفى المبسوط وفى فتاوى قاضيخان مايؤيد هذا وقال وجه رواية المتن أنه اعتمد على فعل القاسم فى اقراره باستيفائه حقه ثم لما تامل حق التأمل ظهر الغلط فى فعله فلا يؤاخذ بذلك الاقرار عند ظهور الحق انتهى وقال بعض الفضلاء بعد نقل ماذكره صدر الشريعة وفيه بحث فان مثل هذا الاقرار ان كان مانعا عن صحة الدعوى لاتسمع البينة لابتنائه على صحة الدعوى وان لم يكن مانعا ينبغى أن يتحالفا أقول يمكن أن يقال انه ليس بمانع عن صحة الدعوى ولا ينبغى أن يتحالفا بناء على ماحققه صاحب الذخيرة حيث قال وأما دعوى الغلط فى مقدار الواجب بالقسمة فنوعان نوع يوجب التحالف ونوع لايوجب التحالف والذى يوجب التحالف أن يدعى أحد المتقاسمين غلطا فى مقدار الواجب بالقسمة على وجه لايكون مدعيا الغصب بدعوى الغلط والذى لايوجب التحالف أن يدعى الغلط فى مقدار الواجب بالقسمة على وجه يكون مدعيا الغصب بدعوى الغلط وقال فى النوع الاول وانما وجب التحالف لان القسمة فى معنى البيع وفى البيع اذا وقع الاختلاف فى مقدار المعقود عليه يتحالفان اذا كان قائما فكذا فى القسمة وقال هذا اذا لم يسبق منهما اقرار باستيفاء الحق وأما اذا سبق لاتسمع دعوى الغلط الا من حيث الغصب وقال فى النوع الثانى اذا كان يجب التحالف باعتبار اختلافهما فى مقدار الواجب بالقسمة كما فى النوع الاول فباعتبار دعوى الغصب لايجب التحالف كما فى سائر المواضع والتحالف أمر عرف بخلاف القياس فاذا وجب من وجه دون وجه لايجب انتهى فتلخص منه وجه عدم وجوب التحالف فيما اذا أشهد على نفسه بالاستيفاء مع استماع دعواه كما وقع فى متن الكتاب فحصل به الجواب عن بحث ذلك القائل قطعا بل حصل به الجواب عما قاله صاحب الهداية أيضا من غير حاجة الى التكلف الذى ذكره صدر الشريعة لان دعوى الغلط على وجه يتضمن دعوى الغصب بعد الاستيفاء كما هو النوع الثانى من النوعين المذكورين فى الذخيرة لايناقض الاقرار باستيفاء حقه من قبل كما لايخفى على المتأمل (قوله لان الاختلاف فى مقدار ماحصل له بالقسمة فصار نظير الاختلاف فى مقدار المبيع على ماذكرنا من

(قوله واليه أشار من بعد) وهو قوله وان قال اصابنى الى موضع كذا فلم يسلم الى ولم يشهد على نفسه بالاستيفاء تحالفا ففى هذا اشارة الى أنه لاتقبل دعواه فيما اذا أشهد على نفسه بالاستيفاء لان عدم التحالف عند الاشهاد على الاستيفاء لم يكن لمعنى الا أن التناقض مانع لصحة الدعوى ولا تحالف عند عدم صحة الدعوى ألا ترى أنه يجرى التحالف عند صحة الدعوى لوجود موجب التحالف وهو الاختلاف فى مقدار ماحصل له بالقسمة فكان هو نظير الاختلاف فى مقدار المبيع ويؤيد قوله ينبغى ان لاتقبل دعواه أصلا لتناقضه ماذكر فى قسمة فتاوى قاضيخان فى تقسيم وجوه الغلط حيث قال ومنها أن تكون

لا يقبل دعواه) أقول قال صدر الشريعة فى شرح الوقاية وفى المبسوط وفى فتاوى قاضيخان مايؤيد هذا وقال وجه رواية المتن أنه اعتمد على فعل القاسم فى اقراره باستيفائه حقه ثم لما تامل حق التأمل ظهر الغلط فى فعله فلا يؤاخذ بذلك الاقرار عند ظهور الحق انتهى وفيه بحث فان مثل هذا الاقرار ان كان مانعا عن صحة الدعوى لاتسمع البينة لابتنائه على صحة الدعوى وان لم يكن مانعا ينبغى أن يتحالفا (قوله ووجه الاشارة أن هذا المعنى الخ) أقول بل وجه الاشارة أنه فهم من تقييد المسئلة بقوله ولم يشهد على نفسه بالاستيفاء أنه ان أشهد لا يتحالفان على ماهو المقرر فى الروايات لان دعواه لم تصح للتناقض فاذا منع التناقض التحالف يمنع قبول الدعوى أيضا تامل

الاختلاف فى مقدار المبيع على ماذكرنا من أحكام التحالف فيما تقدم (ولو اختلفا فى التقويم لم يلتفت اليه) لانه دعوى الغبن ولا معتبر به فى البيع فكذا فى القسمة لوجود التراضى الا اذا كانت القسمة بقضاء القاضى والغبن فاحش) لان تصرفه مقيد بالعدل (ولو اقتسما دارا وأصاب كل واحد طائفة فادعى أحدهما بيتا فى يد الآخر أنه مما أصابه بالقسمة وأنكر الآخر فعليه اقامة البينة) لما قلنا

أحكام التحالف فيما تقدم) أقول فيه بحث وهو أن ما تقدم فى باب التحالف من كتاب الدعوى هو أن التحالف فيما اذا اختلف المتبايعان فى المبيع قبل القبض على وفاق القياس لان أحد المتبايعين يدعى الزيادة والآخر ينكرها وان الآخر يدعى وجوب تسليم البدل بما قاله وأحدهما ينكره فصار كل واحد منهما منكرا فيحلف وأما بعد القبض فمخالف للقياس لان القابض منهما لا يدعى شيئا حتى ينكره الآخر فيحلف عليه لكنا عرفنا التحالف فيه بالنص وهو قوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا فاذا تقرر ذلك ففيما نحن فيه أحد الشريكين قابض نصيبه فانه ذو اليد ولا يدعى على الآخر شيئا وانما يدعى الآخر عليه بعض ما فى يده فكان التحالف فيه مخالفا للقياس ولا مجال لاجراء النص المزبور هنا لا بطريق القياس لان ذلك النص كان واردا فى البيع على خلاف القياس وقد تقرر عندهم أن ما ورد على خلاف القياس يختص بمورده ولا بطريق دلالة النص لان القسمة ليست فى معنى البيع من كل وجه اذ فيها معنى الافراز والمبادلة معا كما مر فى صدر كتاب القسمة والبيع مبادلة محضة ليس فيه معنى الافراز ولا بد فى الالحاق بطريق الدلالة من الاولوية أو التساوى على ما عرف فى موضعه ولم يوجد شئ منهما هنا فليتأمل فى الدفع (قوله ولو اقتسما دارا وأصاب كل واحد طائفة فادعى أحدهما بيتا فى يد الآخر أنه مما أصابه بالقسمة وأنكر الآخر فعليه اقامة البينة لما قلنا) قال فى العناية قوله لما قلنا اشارة الى قوله لم يصدق على ذلك الا ببينة لانه يدعى فسخ القسمة بعد وقوعها انتهى واستشكله بعض الفضلاء حيث قال فسخ القسمة ليس بظاهر

المتفاوتة يكون من حيث القيمة فاذا ظهر فى القسمة غبن فاحش فات شرط جواز القسمة فيجب نقضها والصدر الشهيد حسام الدين رحمه الله كان يأخذ بالقول الاول وهو مختار المصنف رحمه الله وبعض المشايخ رحمهم الله كانوا يأخذون بالقول الثانى قوله (ولو اقتسما دارا) هو عين مسئلة أول الباب لكن أعاده لزيادة بيان وقوله (لما قلنا) اشارة

المنازعة بينهما بعدما شهد كل واحد منهما على القبض واستيفاء الحق بصفة التمام ثم يقول أحدهما حقى الذى فى يدك وحقك الذى فى يدى أو يقول قد قسمناه ولكن أخذت انا بعض حقى دون البعض لا تسمع دعواه ولا خصومة بعد ما أشهد على القبض والاستيفاء وفى المبسوط فى باب دعوى الغلط من القسمة قال رجل مات وترك ابنين ودارا فاقتسما الدار وأخذ كل واحد منهما النصف وأشهدا على القسمة والقبض والوفاء ثم ادعى أحدهما بيتا فى يد صاحبه لم يصدق على ذلك الا أن يقر به صاحبه من قبل انه أشهد على الوفاء يعنى أقر باستيفاء كمال حقه فبعد ذلك هو مناقض فيما يدعيه فى يد صاحبه فلا تقبل بينة على ذلك ولكن أقر به صاحبه فاقراره ملزم اياه والمناقض اذا صدقه خصمه فيما يدعى يثبت الاستحقاق له وان لم يكن أشهد بالوفاء لم يسمع منه اقراره بالقسمة والقول قوله مع يمينه (قوله ولو اختلفا فى التقويم لم يلتفت اليه لانه دعوى الغبن فلا معتبر به فى البيع فكذا فى القسمة اذا ظهر فى القسمة) غبن ان كان يسيرا الا فلا يعتبر أصلا وان كان فاحشا ان كانت القسمة بقضاء القاضى تبطل عند الكل وان كانت بالتراضى لم يذكر محمد رحمه الله هذا الفصل فى الكتاب وحكى عن الفقيه أبى جعفر الهندوانى رحمه الله انه كان يقول لقائل ان يقول لا تسمع هذه الدعوى لان القسمة فى معنى البيع ودعوى الغبن فى البيع لا تصح لانه لا فائدة فيه فان البيع من المالك لا ينقض بالغبن الفاحش كبيع الاب والوصى ولقائل ان يقول تسمع هذه الدعوى لان المعادلة شرط فى القسمة والتعديل فى الاشياء المتفاوتة يكون من حيث القيمة واذا ظهر فى القسمة غبن فاحش كان شرط جواز القسمة فائتا فيجب نقضها والصدر الشهيد حسام الدين رحمه الله كان يأخذ بالقول الاول وبعض مشايخ عصره كانوا يأخذون بالقول الثانى كذا فى الذخيرة وفى فتاوى قاضيخان رحمه الله جعل القول الاخير أولى وقال الشيخ الامام أبو بكر محمد بن الفضل يسمع دعواه الغلط والغبن أى بعد قسمة التركة بالتراضى وله ان يبطل القسمة كما لو كانت القسمة بقضاء القاضى وهو الصحيح (قوله ولو اقتسما دارا وأصاب كل

الى قوله لم يصدق على ذلك الا ببينة لانه يدعى فسخ القسمة بعد وقوعها وقوله (وكذا اذا اختلفا فى الحدود) قيل صورته دارا اقتسمها رجلان فاصاب أحدهما جانب منه وفى طرف حده بيت فى يد صاحبه وأصاب الآخر جانب وفى طرف حده بيت فى يد صاحبه فادعى كل واحد منهما أن البيت الذى فى يد صاحبه داخل فى حده وأقاما البينة يقضى لكل واحد بالجزء الذى فى يد صاحبه لما بينا يعنى قوله لانه خارج و بينة الخارج ترجح على بينة ذى اليد والباقى واضح *(فصل)* لما فرغ من بيان الغلط بين الاستحقاق (واذا استحق بعض نصيب أحدهما) ههنا ثلاثة أوجه استحقاق بعض معين فى أحد النصيبين أو فيهما جميعا واستحقاق بعض شائع فى النصيبين واستحقاق بعض شائع فى أحد النصيبين ففى الاول لا تفسخ القسمة بالاتفاق وفى الثانى تفسخ بالاتفاق وفى الثالث لم تفسخ عند أبى حنيفة رحمه الله ولكن يخير ان شاء رجع بحصة ذلك فى نصيب صاحبه وان شاء ردما بقى واقتسم ثانيا وقال أبو يوسف رحمه الله تفسخ ومحمد مع أبى يوسف على رواية أبى سليمان ومع أبى حنيفة على رواية أبى حفص وهو الصحيح وصورة المسئلة ان أخذ أحدهما الثلث المقدم من الدار والآخر الثلثين من المؤخر وقيمتهما سواء بان تكون قيمة الدار ألفا ومائتى درهم مثلا وقيمة الثلث المقدم ستمائة درهم وقيمة ما بقى مثله ثم نصف الثلث المقدم استحق فعندهما ان شاء نقض القسمة دفعا لعيب التشقيص وان شاء رجع على صاحبه بربع ما فى يده لانه لو استحق كل المقدم رجع بنصف ما فى يده وقيمته ثلثمائة فاذا استحق النصف رجع بنصف النصف وهو الربع وقيمته مائة وخمسون اعتبارا للجزء بالكل فيصير فى يد كل من الشريكين أربعمائة درهم وخمسون درهما

والمجموع تسعمائة وهو ثلاثة أرباع ألف ومائتين قال المصنف رحمه الله (ذكر الاختلاف) يعنى القدورى رحمه الله فى استحقاق بعض بعينه وهكذا ذكر فى الاسرار أن الاختلاف فى استحقاق بعض معين من نصيب أحدهما قال صاحب النهاية رحمه الله وصفة الحوالة هذه الى الاسرار وقعت سهوا لان هذه المسئلة مذكورة فى الاسرار فى الشائع وضعا وتعليلا من الجانبين وتكرارا بلفظ الشائع غير مرة وأقول وفى قوله ذكر الاختلاف فى استحقاق بعض بعينه أيضا نظر فان قول القدورى واذا استحق بعض نصيب أحدهما بعينه ليس بنص فى ذلك لجواز أن يكون قوله بعينه متعلقا بنصيب أحدهما

(وان أقاما البينة يؤخذ ببينة المدعى) لانه خارج و بينة الخارج تترجح على بينة ذى اليد (وان كان قبل الاشهاد على القبض تحالفا وترادا وكذا اذا اختلفا فى الحدود وأقاما البينة يقضى لكل واحد بالجزء الذى هو فى يد صاحبه) لما بينا (وان قامت لاحدهما بينة قضى له وان لم تقم لواحد منهما تحالفا) كما فى البيع

(فصل) قال (واذا استحق بعض نصيب أحدهما بعينه لم تفسخ القسمة عند أبى حنيفة و رجع بحصة ذلك فى نصيب صاحبه وقال أبو يوسف تفسخ القسمة) قال رضى الله عنه ذكر الاختلاف فى استحقاق بعض بعينه وهكذا ذكر فى الاسرار والصحيح أن الاختلاف فى استحقاق بعض شائع من نصيب أحدهما فاما فى استحقاق

فان المدعى شئ معين وهو البيت فاذا نور دعواه بالبينة يحكم بالبيت المدعى انتهى أقول الظاهر أن المراد بفسخ القسمة فى قوله لانه يدعى فسخ القسمة بعد وقوعها فسخ القسمة المعاينة حال الخصومة الدالة فى الظاهر على كون ذلك البيت فى نصيب ذى اليد لا فسخ القسمة عن أصلها والاستئناف بقسمة أخرى حتى ينافى ما سيجىء فى الفصل الآتى من أنه اذا استحق بعض معين من نصيب أحدهما لا تفسخ القسمة بالاجماع فى الصحيح وتحقق فسخ القسمة بالمعنى الاول فيما نحن فيه اذا نور دعواه بالبينة ظاهر لا يخفى

(فصل) لما فرغ من بيان الغلط شرع فى بيان الاستحقاق (قوله قال رضى الله عنه ذكر الاختلاف فى استحقاق بعض بعينه وهكذا ذكر فى الاسرار) أى قال المصنف ذكر القدورى الاختلاف بين أبى حنيفة وأبى

واحد طائفة) هذه المسئلة عين مسئلة أول الباب الا أنها أعيدت ابناء مسئلة أخرى عليها (قوله وكذا اختلفا فى الحدود) بان قال أحدهما هذا الحد لى قد دخل فى نصيبه وقال الآخر هذا الحد لى قد دخل فى نصيبه والله أعلم

(فصل) (قوله ذكر الاختلاف فى استحقاق بعض بعينه وهكذا ذكر فى الاسرار) أى ذكر الاختلاف

(قوله لانه يدعى فسخ القسمة بعد وقوعها) أقول فسخ القسمة ليس بظاهر فان المدعى شئ معين وهو البيت فاذا نور دعواه بالبينة يحكم بالبيت المدعى

(فصل واذا استحق بعض نصيب أحدهما بعينه) (قوله ففى الاول الى قوله وفى الثالث) أقول أراد بالاول قوله استحقاق بعض معين وأراد بالثانى قوله واستحقاق بعض شائع فى النصيبين وأراد بالثالث قوله واستحقاق بعض شائع فى أحد النصيبين (قوله ففى الاول لا يفسخ القسمة بالاتفاق) أقول فى شرح الوقاية لصدر الشريعة ما يوافقه ونص عبارته وان استحق البعض من نصيب كل واحد فان كان شائعا فسخت القسمة وان كان معينا لم يذكر هذه المسئلة فاقول لا يفسخ القسمة بل يجعل هذا المستحق كان لم يكن فان كان الباقى فى يد كل واحد بمقدار نصيبه فلا رجوع لاحدهما على صاحبه وان نقص من نصيب أحدهما يرجع بالحصة كما اذا كانت الدار نصفين والمستحق عشرة أذرع خمسة من نصيب هذا وخمسة من ذلك فلا رجوع وان كانت أربعة من هذا وستة من ذلك يرجع الثانى على الاول بذراع وفى غاية البيان والحاصل أن المسئلة على ثلاثة أوجه فى استحقاق بعض معين فى أحد النصيبين أو فيهما جميعا لا تنتقض القسمة بالاتفاق انتهى (قوله ليس بنص فى ذلك) أقول لكنه ظاهر فيه ويكفى ذلك المصنف (قوله لجواز أن يكون قوله بعينه متعلقا بنصيب أحدهما) أقول الاصل فى أمثاله تعلقه بالمضاف على ما بين ثم الحمل على التأسيس خير من التأكيد فتأمل

لابيعض فيكون تقدير كلامه واذا استحق بعض شائع فى نصيب أحدهما بعينه وحينئذ يكون الاختلاف فى الشائع لافى المعين لابى يوسف رحمه الله ان باستحقاق بعض شائع ظهر شريك ثالث لهما والقسمة بدون رضاه باطلة لان موضوع المسئلة فيما اذا تراضيا على القسمة لانه اعتبر القسمة فيها فلابد من التراضى وصار كما اذا استحق بعض شائع فى النصيبين فى انعدام معنى القسمة وهو الافراز أما فيما ظهر فيه الاستحقاق فواضح وأما فى النصيب الآخر فلانه يوجب الرجوع بحصته فى نصيب الآخر شائعا بخلاف المعين فان باستحقاق بعض معين يبقى الافراز فيما وراءه لكنه يتخير ان شاء نقض القسمة من الاصل لانه ما رضى بها الاعلى تقدير المعادلة وقد فاتت واهما أن معنى الافراز لاينعدم باستحقاق جزء شائع فى نصيب أحدهما لانه لايوجب الشيوع فى نصيب الآخر ولهذا جازت القسمة على هذا الوجه فى الابتداء بان كانت دار نصفين والنصف المقدم منها مشترك بين ثلاثة نفر والنصف المقدم من هذا النصف لواحد منهم والنصف الآخر بين اثنين على السوية والنصف المؤخر بين هذين الاثنين على السوية أيضا فاقتسما الاثنان على أن يأخذ أحدهما نصيبهما من المقدم وربع المؤخر واذا جاز ابتداء جاز انتهاء بطريق الاولى وصار كاستحقاق بيت معين فى عدم انتفاء معنى الافراز بخلاف الشائع فى النصيبين فانه لو بقيت القسمة لتضرر الثالث بتفريق نصيبه فى النصيبين أما ههنا فلاضرر للمستحق

(قوله لان موضوع المسئلة فيما اذا تراضيا على القسمة) أقول لا حاجة الى القول بوضع المسئلة فى صورة التراضى فانها اذا الآخر
كانت بقضاء القاضى يبطل أيضا اذا لم يرض الغائب على ما يجىء فى شرح قوله ولو أبراه الغرماء (قوله لانه اعتبر القيمة فيها فلابد من التراضى) أقول فيه بحث فان القيمة معتبرة فيما اذا كانت القسمة بقضاء القاضى أيضا بل اعتبارها فيها آكد ولهذا لو كان بالغبن الفاحش فى أحد الطرفين يفسخ على ما مر فى الدرس السابق (قوله فاقتسما الاثنان) أقول الظاهر أن يقال فاقتسم الاثنان

بعض معين لاتفسخ القسمة بالاجماع ولو استحق بعض شائع فى الكل تفسخ بالاتفاق فهذه ثلاثة أوجه ولم يذكر قول محمد وذكره أبو سليمان مع أبى يوسف وأبو حفص مع أبى حنيفة وهو الاصح لابى يوسف أن باستحقاق بعض شائع ظهر شريك ثالث لهما والقسمة بدون رضاه باطلة كما اذا استحق بعض شائع فى النصيبين وهذا لان باستحقاق جزء شائع ينعدم معنى القسمة وهو الافراز لانه يوجب الرجوع بحصته فى نصيب

يوسف فى استحقاق بعض معين من نصيب أحدهما وهكذا ذكر الاختلاف فى الاسرار قال صاحب النهاية وصفة الحوالة هذه الى الاسرار وقعت سهوا لان هذه المسئلة مذكورة فى الاسرار فى الشائع وضعا وتعليلا من الجانبين وتكرارا بلفظ الشائع غير مرة انتهى أقول وتعدية الحوالة بكلمة الى فى قول صاحب النهاية وصفة الحوالة هذه الى الاسرار وقعت سهوا أيضا والمطابق للغة تعديتها بكلمة على وقال صاحب العناية بعد نقل كلام صاحب النهاية بعين عبارته وأقول وفى قوله ذكر الاختلاف فى استحقاق بعض بعينه أيضا نظر فان قول القدورى واذا استحق بعض نصيب أحدهما بعينه ليس بنص فى ذلك لجواز أن يكون قوله بعينه متعلقا بنصيب أحدهما لابعض فيكون تقرير كلامه واذا استحق بعض شائع فى نصيب أحدهما بعينه وحينئذ يكون الاختلاف فى الشائع لافى المعين انتهى أقول لايخفى على ذى فطرة سليمة ان كلام القدورى ان لم يكن نصا فيما حمل عليه المصنف فهو ظاهر فيه بحيث لايشتبه على أحد من فحول العلماء لان قوله بعينه لو لم يكن متعلقا ببعض كان البعض المذكور فى هاتيك المسئلة مبهما فلا يعلم أن المراد به البعض المعين أو الشائع فيختل وضع المسئلة وأيضا لو كان قوله بعينه متعلقا بقوله نصيب أحدهما كان لمجرد التأكيد بل صار بمنزلة اللغو فى مثل هذا المقام وأما اذا كان متعلقا ببعض يكون تأسيسا مفيدا للمراد من بلا لابهام فانى هذا من ذاك على أن الاصل فى أمثال هذا التركيب تعلق القيد بالمضاف دون المضاف اليه كما بين فى محله فتبين أن كلام القدورى ظاهر فيما حمل عليه المصنف وقد تقرر فى علم الاصول أن الظاهر يوجب الحكم قطعا كالنص على أحد معنيى القطعى وهو ما يقطع الاحتمال الناشئ عن دليل الا أن التفاوت بينهما أى بين الظاهر والنص انما يظهر عند التعارض فيقدم النص على الظاهر عنده ولم يعارض الظاهر هنا نص فوجب الحكم بموجبه (قوله لابى يوسف أن باستحقاق بعض شائع ظهر شريك ثالث لهما والقسمة بدون رضاه باطلة) قال صاحب العناية فى

فى الاسرار فى استحقاق بعض بعينه كذا هنا وقع سهو لان وضع المسئلة فى الاسرار فى استحقاق بعض شائع والمذكور فيه دار بين رجلين اقتسماها نصفين ثم استحق النصف من نصيب أحدهما شائعا لم تبطل القسمة عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى ولكن يخير المستحق عليه ان شاء رد الباقى واقتسم ثانيا وان شاء رجع على الشريك بقدر ما استحق ولم ينقض وقال أبو يوسف رحمه الله انتقضت القسمة وقول محمد رحمه الله مضطرب فابو يوسف رحمه الله يقول القسمة للافراز وحين استحق جزء شائع من نصيب أحدهما تبين ان الافراز كان باطلا كما لو استحق النصف من النصيبين جميعا وأبو حنيفة يقول بان الاستحقاق لم يوجب شيوعا فى نصيب الآخر فلا تنتقض القسمة كما لو استحق بيتا بعينه من نصيب أحدهما (قوله فهذه ثلاثة أوجه) الاول ان يستحق جزء شائع من كل الدار والثانى ان يستحق جزء بعينه والوجه الثالث ان يستحق جزء شائع من نصيب أحدهم (قوله لان باستحقاق جزء شائع ينعدم معنى القسمة وهو الافراز) اما فيما ظهر فيها الاستحقاق فظاهر وكذلك

الآخر شائعا بخلاف المعين ولهما أن معنى الافراز لا ينعدم باستحقاق جزء شائع فى نصيب أحدهما ولهذا جازت القسمة على هذا الوجه فى الابتداء بان كان النصف المقدم مشتركا بينهما وبين ثالث والنصف المؤخر بينهما لا شركة لغيرهما فيه فاقتسما على أن لأحدهما ما لهما من المقدم وربع المؤخر يجوز فكذا فى الانتهاء وصار كاستحقاق شئ معين بخلاف الشائع فى النصيبين لانه لو بقيت القسمة لتضرر الثالث بتفرق نصيبه فى النصيبين أما ههنا لا ضرر بالمستحق فافترقا وصورة المسئلة اذا أخذ أحدهما الثلث المقدم من الدار والآخر الثلثين من المؤخر وقيمتهما سواء ثم استحق نصف المقدم فعندهما ان شاء نقض القسمة دفعا لعيب التشقيص وان شاء رجع على صاحبه بربع ما فى يده من المؤخر لانه لو استحق كل المقدم رجع بنصف ما فى يده فاذا استحق النصف رجع بنصف النصف وهو الربع اعتبارا للجزء بالكل ولو باع صاحب المقدم نصفه ثم استحق النصف الباقى شائعا رجع بربع ما فى يد الآخر عندهما لما ذكرنا وسقط خياره ببيع البعض وعند أبى يوسف ما فى يد صاحبه بينهما نصفان ويضمن قيمة

تعليل هذه المقدمة أعنى قوله والقسمة بدون رضاه باطلة لان موضوع المسئلة فيما اذا تراضيا على القسمة لانه اعتبر القيمة فيها فلا بد من التراضى انتهى ومأخذ تعليله هذا ما نقله صاحب غاية البيان عن الامام علاء الدين الاسبيجابى حيث قال وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابى فى شرح الكافى وضع المسئلة فيما اذا تراضيا على القسمة لانه اعتبر القيمة والقسمة بالقيمة عند أبى حنيفة لا تصح الا عن تراض انتهى وأورد بعض الفضلاء على قول صاحب العناية لان موضوع المسئلة فيما اذا تراضيا على القسمة حيث قال لا حاجة الى القول بوضع المسئلة فى صورة التراضى فانها اذا كانت بقضاء القاضى تبطل اذا لم يرض الغائب على ما يجئ فى شرح قوله ولو أبرأه الغرماء انتهى أقول ليس ذاك بصحيح اذ لا شك أن القسمة بين الورثة اذا كانت بقضاء القاضى لا تبطل بعدم رضا الغائب ألا يرى الى ما مر فى الكتاب فى أوائل كتاب القسمة من قوله واذا حضر وارثان وأقاما البينة على الوفاة وعدد الورثة والدار فى أيديهم ومعهم وارث غائب قسمها القاضى بطلب الحاضرين وينصب للغائب وكيلا يقبض نصيبه انتهى ولو بطلت القسمة بعدم رضا الغائب لما ساغ للقاضى القسمة فى تلك الصورة بمجرد طلب الحاضرين ثم ان قوله على ما يجئ فى شرح قوله ولو أبرأ الغرماء ليس بحوالة رابحة اذ لا شئ فى شرح ذلك ما يوهم بطلانها سوى قول صاحب العناية بخلاف ما اذا ظهر وارث والموصى له بالثلث أو الربع بعد القسمة وقالت الورثة نحن نقضى حقهما فان القسمة تنقض ان لم يرض الوارث أو الموصى له لان حقهما فى عين التركة فلا ينتقل الى مال آخر الا برضاهما انتهى لكن المراد بانتقاض القسمة فى صورة ظهور الوارث أو الموصى له انتقاضها فى قدر حقهما من عين التركة لا انتقاضها فى مجموع التركة بالكلية بحيث يحتاج الى الاستئناف كما هو قول أبى يوسف فيما نحن فيه أو المراد انتقاضها بالكلية أيضا لكن فى صورة القسمة بالتراضى دون القسمة بقضاء القاضى اذ لا تنقض القسمة بالكلية فيما اذا ظهر وارث أو الموصى له اذا كانت القسمة بقضاء القاضى نص عليه فى البدائع حيث قال فيما يوجب نقض القسمة بعد وجودها أنواع منها ظهور دين على الميت اذا طلب الغرماء ديونهم ولا مال للميت سواه ولا قضاه الورثة من مال أنفسهم ثم قال ومنها ظهور الوصية لان الموصى له شريك الورثة ألا يرى أنه لو هلك من التركة شئ قبل القسمة لهلك من الورثة والموصى له جميعا والباقى على الشركة بينهم ولو اقتسموا وثمة وارث غائب تنقض فكذا هذا وقال وهذا اذا كانت القسمة بالتراضى فان كانت بقضاء القاضى لا تنقض لان الموصى له وان كان كواحد من الورثة لكن القاضى اذا قسم عند غيبة أحد الورثة لا تنقض قسمته لان القسمة فى هذا الموضع محل الاجتهاد وقضاء القاضى اذا صادف محل الاجتهاد ينفذ ولا ينقض ثم قال ومنها ظهور الوارث حتى لو اقتسموا ثم

فى نصيب الآخر لانه يوجب الرجوع بحصته فى نصيب الآخر شائعا بخلاف المعين لان باستحقاق بعض معين يبقى الافراز فيما وراء ذلك البعض (قوله بان كان النصف المقدم مشتركا بينهما وبين ثالث) أى لواحد

وقوله (وصورة المسئلة) يعنى مسئلة الكتاب لا المستشهد بها وقد قدمناه دفعا لهذا اللبس قوله (ولو باع صاحب المقدم نصفه) يعنى النصف من الثلث المقدم الذى وقع فى نصيب أحدهما ثم استحق النصف الثانى رجع بربع ما فى يد الآخر عندهما لما ذكرنا يعنى من قوله لانه لو استحق كل المقدم رجع بنصف ما فى يده الى قوله اعتبارا للجزء بالكل وسقط خياره ببيع البعض فى فسخ القسمة لان الفسخ انما يرد على ما ورد عليه القسمة وقد فات بعض ذلك بالبيع وعند أبى يوسف رحمه الله ما فى يد صاحبه بينهما نصفان ويضمن قيمة نصف ما باع لصاحبه لان القسمة تنقلب فاسدة عنده فيقتسمان الباقى بعد الاستحقاق

(قال المصنف لان القسمة تنقلب فاسدة عنده) أقول يعنى فى حق المقاسم لا فى حق المستحق فلا تخالف ما مر من أن القسمة بدون رضاه باطلة

قوله (والمقبوض بالعقد الفاسد) جواب عما يقال ينبغي أن ينقض البيع لانه بناء على القسمة الفاسدة والبناء على الفاسد فاسد ووجهه أن القسمة في معنى البيع لوجود المبادلة واذا كانت فاسدة كانت في معنى البيع الفاسد والمقبوض بالعقد الفاسد مملوك فينفذ البيع فيه وهو مضمون بالقيمة لتعذر الوصول الى عين حقه لمكان البيع فيضمن نصف نصيب صاحبه قال (ولو وقعت القسمة الخ)

نصف ما باع لصاحبه لان القسمة تنقلب فاسدة عنده والمقبوض بالعقد الفاسد مملوك فتنفذ البيع فيه وهو مضمون بالقيمة فيضمن نصف نصيب صاحبه قال (ولو وقعت القسمة ثم ظهر في التركة دين محيط ردت القسمة) لانه يمنع وقوع الملك للوارث وكذا اذا كان غير محيط لتعلق حق الغرماء بالتركة الا اذا بقي من التركة ما يفي بالدين وراء ما قسم لانه لا حاجة الى نقض القسمة في ايفاء حقهم ولو أبرأه الغرماء بعد القسمة أو أداه الورثة من مالهم والدين محيط أو غير محيط جازت القسمة لان المانع قد زال ولو ادعى أحد المتقاسمين دينا في التركة صح دعواه لانه لا تناقض اذ الدين يتعلق بالمعنى والقسمة تصادف الصورة ولو ادعى عينا بأي سبب كان لم يسمع للتناقض اذ الاقدام على القسمة اعتراف بكون المقسوم مشتركا

ظهر أن ثمة وارثا آخر نقضت قسمتهم ولو كانت القسمة بقضاء القاضي لا تنقض لما ذكرنا الى هنا لفظه ثم ان ذلك البعض أورد أيضا على قول صاحب العناية لانه اعتبر القيمة فيها اذ لا بد من التراضي حيث قال فيه بحث فان القيمة معتبرة فيما اذا كانت القسمة بقضاء القاضي أيضا بل اعتبارها فيه آكد ولهذا لو كان بالغبن الفاحش في أحد الطرفين تفسخ على ما مر في الدرس السابق انتهى أقول هذا أيضا ليس بصحيح لان القسمة بالقيمة لا تصح عند أبي حنيفة أصلا الا عن تراض وهذا مع كونه مما نص عليه شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد بصدد بيان وضع هذه المسئلة كما ذكرناه من قبل ظاهر من أصل أبي حنيفة في كثير من المسائل المتقدمة في الكتاب فاعتبار القيمة في هذه المسئلة على قول أبي حنيفة وغيره كما يقتضيه تصويرها المذكور وفي عامة الكتب حتى في كتب محمد رحمه الله يدل على أن وضعها فيما اذا تراضيا على القسمة لا فيما اذا كانت بقضاء القاضي فقوله فان القيمة معتبرة فيما اذا كانت القسمة بقضاء القاضي أيضا ان أراد انها معتبرة عند أبي حنيفة في صورة القضاء أيضا فليس كذلك وان أراد به أنها معتبرة في صورة القضاء أيضا عند غير أبي حنيفة فلا يجدي شيأ فان عدم اعتبارها عند أبي حنيفة كاف في تمام ما قاله صاحب العناية وقوله بل اعتبارها فيها آكد في عدم الاصابة لان تحقق الغبن الفاحش لا ينحصر في أن يكون قيمة أحد الطرفين أكثر من قيمة الآخر بل قد يتحقق الغبن بكون عين أحد الطرفين أكثر من عين الآخر من جهة الوزن أو الكيل أو الذرع أو العدد مما يليق بجنس المقسوم فابو حنيفة يعتبر في غبن القسمة بالقضاء التفاوت في العين باحدى الجهات المذكورة دون التفاوت في القيمة وما مر في الفصل السابق من مسئلة فسخ القسمة بالغبن الفاحش لا يدل على كون الغبن من جهة القيمة البتة بل قد ذكر هناك في بعض الشروح للغبن مثال هو صريح في التفاوت في العين بأن يقال وان اقتسما مائة شاة فاصاب أحدهما خمس وخمسون شاة وأصاب الآخر خمس وأربعون شاة فادعى صاحب الاكثر الغبن الى آخر المسئلة (قوله ولو ادعى أحد المتقاسمين دينا في التركة صح دعواه لانه لا تناقض اذ الدين يتعلق بالمعنى والقسمة تصادف الصورة) قال صاحب العناية ولقائل أن

منهم نصف والنصف الآخر بين اثنين على السوية والمؤخر بين هذين الاثنين على السوية أيضا فاقتسم الاثنان على ان يأخذ انصيبهما من النصف المقدم مع ربع النصف المؤخر و يأخذ الآخر ما بقي من ذلك وهو ثلاثة أرباع من النصف المؤخر فيكون لكل واحد منهما ثلاثة أثمان جميع الدار لان حقهما بعد نصيب الثالث ٧ أرباع جميع الدار وما لا يمنع ابتداء القسمة لا يمنع بقاءها بالطريق الاولى (قوله ولو وقعت القسمة ثم ظهر في التركة دين محيط ردت القسمة) أي اذا لم يؤد الورثة الدين لم يبرأ الغرماء أما اذا أداه الورثة أو أبرأ

ولو وقعت القسمة ثم ظهر في التركة دين محيط ولم توف الورثة من مالهم ولم يبرأ الغرماء ردت القسمة لان الدين يمنع وقوع الملك للوارث حتى لو كان في التركة المستغرقة بالدين عبد وهو ذو رحم محرم لوارث لم يعتق وكذا اذا كان الدين غير محيط بالتركة لتعلق حق الغرماء بالتركة الا اذا بقي من التركة ما يفي من الديون وراء ما قسم لانه لا حاجة الى نقض القسمة في ايفاء حقهم ولو أبرأه الغرماء بعد القسمة أو أداه الورثة من مالهم جازت القسمة أي تبين جوازها سواء كان الدين محيطا أو غير محيط لان المانع قد زال بخلاف ما اذا ظهر له وارث أو الموصى له بالثلث أو الربع بعد القسمة وقالت الورثة نحن نقضي حقهما فان القسمة تنقض ان لم يرض الوارث أو الموصى له لان حقهما في عين التركة فلا ينتقل الى مال آخر الا برضاهما وعلى هذا لو ادعى أحد المتقاسمين بعد القسمة دينا على الميت صح ولو ادعى عينا لم يصح لان الدين يتعلق بمالية التركة والقسمة تصادف الصورة فلم يتناقض في دعواه بالاقدام على القسمة ودعوى العين تتعلق بالصورة والقسمة تصادفها فالاقدام على القسمة اعتراف منه بكون المقسوم مشتركا

*(فصل

(قوله والجواب أنه اذا ثبت الدين بالبينة لم تكن القسمة تامة فلا يلزم ذلك) أقول أنت خبير بان استماع البينة بعد تبين صحة الدعوى لا على العكس وهذه الدعوى غير صحيحة لاستلزامها السعي في نقض ما تم من جهته فكيف تسمع البينة والاولى أن يجاب بمنع استلزامها ذلك لجواز أن

(فصل في المهايأة) المهايأة جائزة استحسانا للحاجة اليه اذقد يتعذر الاجتماع على الانتفاع فاشبه القسمة

يقول ان لم تكن دعواه باطلة لعدم التناقض فلتكن باطلة باعتبار انها اذا صحت كان له أن ينقض القسمة وذلك سعي في نقض ماتم من جهته والجواب أنه اذا ثبت الدين بالبينة لم تكن القسمة تامة فلا يلزم ذلك انتهى أقول في الجواب بحث لانه اذا ثبت الدين بالبينة فان لم تكن القسمة تامة من حيث أصل الاستحقاق فقد كانت تامة من جهته حيث رضي بها أولا فلزم السعي في نقض ماتم من جهته ومدار السؤال عليه فان السعي في نقض ماتم من جهته غير مقبول على قاعدة الشرع كما عرف في نظائره واعترض عليه بعض الفضلاء بوجه آخر حيث قال أنت خبير بان استماع البينة بعد تبين صحة الدعوى لا على العكس وهذه الدعوى غير صحيحة لاستلزامها السعي في نقض ماتم من جهته فكيف تسمع البينة والاولى أن يجاب بمنع استلزامها ذلك لجواز أن يظهر له مال آخر أو يؤديه سائر الورثة من مالهم فليتأمل انتهى كلامه أقول وأنت خبير بان كون استماع البينة بعد تبين صحة الدعوى لا على العكس غير مفيد ههنا فان المجيب لا يقول ان هذه الدعوى غير صحيحة في ابتداء الامر ثم تبين صحتها بعد اقامة البينة بل يقول انها صحيحة في الابتداء بناء على عدم تقرر تمام القسمة بل احتمال ثبوت الدين بالبينة فمآل جوابه منع استلزامها ذلك كما أشار اليه بقوله فلا يلزم ذلك فالقاطع لعرق ذلك الجواب ماذكرناه من أن لزوم السعي في نقض ماتم من جهته أمر مقرر لا مرد له بثبوت الدين بالبينة وانما الذي لا يلزم تمام القسمة من حيث أصل الاستحقاق وذلك لا يدفع السؤال المزبور ثم ان قول ذلك البعض والاولى أن يجاب بمنع استلزامها ذلك لجواز أن يظهر له مال آخر أو يؤديه سائر الورثة من مالهم فمما لا ينبغي أن يتفوه به العاقل فضلا عن مثل ذلك القائل لان الكلام فيما اذا لم يظهر له مال آخر ولم يؤد سائر الورثة اذ الحكم فيما اذا بقي من التركة بعد القسمة ما يفي بالدين أو أداه الورثة من مالهم قد مر في المسئلة المتقدمة مفصلا

(فصل في المهايأة) لما فرغ من بيان أحكام قسمة الاعيان شرع في بيان أحكام قسمة الاعراض التي هي المنافع وأخرها عن قسمة الاعيان لكون الاعيان أصلا والمنافع فرعا عليها ثم ان المهايأة في اللغة مفاعلة مشتقة من الهيئة وهي الحالة الظاهرة للمتهيئ للشئ وابدال الهمزة الفا لغة فيها والتهايؤ تفاعل منها وهو أن يتواضعوا على أمر فيتراضوا به وحقيقته أن كلا منهم يرضى بحالة واحدة ويختارها يقال هايأ فلان فلانا وتهايأ القوم وفي عرف الفقهاء هي عبارة عن قسمة المنافع كذا في الشروح (قوله المهايأة جائزة استحسانا للحاجة اليه) قال الشراح والقياس يأبى جوازها لانها مبادلة المنفعة بجنسها اذ كل واحد من الشريكين ينتفع في نوبته بملك شريكه عوضا عن انتفاع شريكه بملكه في نوبته اهـ أقول فيه شئ وهو أن ماذكروا في وجه اباء القياس جوازها انما يتم في صورة التهايؤ من حيث الزمان بان ينتفع أحدهما به في واحدة مدة

الغرماء جازت القسمة) اعلم ان الورثة ان طلبوا قسمة التركة من القاضي وعلى الميت دين والقاضي يعلم به وصاحب الدين غائب فان كان الدين مستغرقا للتركة فالقاضي لا يقسمها بينهم لانه لا ملك لهم في التركة لان الدين مقدم على الميراث والقسمة لتوصل كل واحد من الشركاء الى الانتفاع بنصيبه وذلك للورثة بعد قضاء الدين قال الله تعالى من بعد وصية يوصى بها أو دين فلا يكون في القسمة فائدة فلا يقسمها وان كان الدين غير مستغرق للتركة فالقياس ان لا يقسمها أيضا بل يوقف الكل لان الدين شاغل لكل جزء من أجزاء التركة حتى لو هلك جميع التركة الا مقدار الدين كان ذلك لصاحب الدين وهذا القياس قول أبي حنيفة رحمه الله الاول ولكنه استحسن فقال قلما تخلو التركة عن دين يسير ويقبح ان يوقف عشرة آلاف درهم بدين عشرة دراهم فالاحسن ان ينظر للفريقين جميعا فيوقف من التركة قدر الدين لحق الغرماء ويقسم مازاد على ذلك بين الورثة مراعاة لحقهم وفيه نظر للميت أيضا من حيث ان وارثه يقوم لحفظ نصيبه من ذلك ويكون ذلك مضمونا عليه مالم يصل الى صاحب الدين حقه والله أعلم

(فصل في المهايأة) الهيئة هي الحالة الظاهرة المتهيئ للشئ والتهايؤ تفاعل فيها وهو ان يتواضعوا على

ودعوى الخصوص يناقضه ولقائل أن يقول ان لم تكن دعوى الدين باطلة لعدم التناقض فلتكن باطلة باعتبار أنها اذا صحت كان له أن ينقض القسمة وذلك سعي في نقض ماتم من جهته والجواب أنه اذا ثبت الدين بالبينة لم تكن القسمة تامة فلا يلزم ذلك

(فصل في المهاياة)

يظهر له مال آخر أو يؤديه سائر الورثة من مالهم فليتأمل

*(فصل في المهاياة

لما فرغ من بيان أحكام قسمة الاعيان شرع في بيان أحكام قسمة الاعراض وهي المهاياة وأخرها عن قسمة الاعيان لكونها فرعا عليها والحال أن الترجمة بالباب أولى لان الكلام في باب دعوى الغلط والاستحقاق والمهاياة ليست منهما لكنها باب من كتاب القسمة ويجوز أن يقال انه انفصل من كتاب القسمة وفيه ما فيه والمهاياة مفاعلة من الهيئة وهي الحالة الظاهرة للمتهيئ للشيء وقد تبدل الهمزة ألفا وتحقيقه أن كلا منهم رضي بهيئة واحدة ويختارها أو أن الشريك الثاني ينتفع بالعين على الهيئة التي ينتفع بها الشريك الاول وفي عرف الفقهاء هي عبارة عن قسمة المنافع وهي جائزة استحسانا والقياس يأباها لانها مبادلة المنفعة بجنسها اذ كل واحد من الشريكين في نوبته ينتفع بملك شريكه عوضا عن انتفاع الشريك بملكه في نوبته لكنا تركنا القياس بقوله تعالى لها شرب ولكم شرب يوم معلوم وهو المهاياة بعينها وللحاجة اليها اذ يتعذر الاجتماع على الانتفاع فاشبه القسمة ولهذا يجري فيه جبر القاضي اذا طلبها بعض الشركاء وأبى غيره ولم يطلب قسمة العين كما يجري في القسمة الا أن القسمة أقوى منها في استكمال المنفعة لانه جمع المنافع في زمان واحد والتهايؤ جمع على التعاقب ولهذا أي ولكون القسمة أقوى اذا طلب أحد الشريكين القسمة والآخر المهاياة يقسم القاضي لانه أبلغ في التكميل ولو وقعت فيما يحتمل القسمة ثم طلب أحدهما القسمة يقسم وتبطل المهاياة ولا تبطل المهاياة بموت أحدهما ولا بموتهما لانه لو انتقضت لاستأنفه الحاكم بلجواز أن يطلب الورثة المهاياة فلا فائدة في النقض ثم الاستئناف ولو تهايآ في دار واحدة على أن يسكن هذا طائفة وهذا طائفة أو هذا جائزة

(قوله لانها مبادلة المنفعة بجنسها) أقول يعني نسيئة

ولهذا يجري فيه جبر القاضي كما يجري في القسمة الا أن القسمة أقوى منه في استكمال المنفعة لانه جمع المنافع في زمان واحد والتهايؤ جمع على التعاقب ولهذا لو طلب أحد الشريكين القسمة والآخر المهاياة يقسم القاضي لانه أبلغ في التكميل ولو وقعت فيما يحتمل القسمة ثم طلب أحدهما القسمة يقسم وتبطل المهاياة لانه أبلغ ولا يبطل التهايؤ بموت أحدهما ولا بموتهما لانه لو انتقض لاستأنفه الحاكم فلا فائدة في النقض ثم الاستئناف (ولو تهايآ في دار واحدة على أن يسكن هذا طائفة وهذا طائفة أو هذا علوها وهذا سفلها جاز) لان القسمة على هذا الوجه

وينتفع الآخر به مدة أخرى لا في صورة التهايؤ من حيث المكان كما اذا تهايآ في دار على أن يسكن أحدهما ناحية والآخر ناحية أخرى منها فان التهايؤ في هذه الصورة افراز لجميع الانصباء لا مبادلة ولهذا لا يشترط فيه التأقيت كما سيجيء في الكتاب عن قريب والظاهر من تقريراتهم كون جواز التهايؤ على الاطلاق أمرا استحسانيا مخالفا للقياس وما ذكروا في بيانه لا يفي بذلك كما ترى (قوله الا أن القسمة أقوى منه في استكمال المنفعة لانه جمع المنافع في زمان واحد والتهايؤ جمع على التعاقب) أقول في كلية هذا التعليل نظر اذ قد صرحوا بان التهايؤ قد يكون من حيث الزمان وقد يكون من حيث المكان وسيأتي في ذلك الكتاب أيضا والجمع على التعاقب انما هو في التهايؤ من حيث الزمان وأما في التهايؤ من حيث المكان فيتحقق جمع المنافع في زمان واحد كما يتحقق نعم ان القسمة في الاعيان أقوى بلا ريب من مطلق التهايؤ الذي هو قسمة المنافع

أمر فيتراضوا به وحقيقته أن كلا منهم يرضى بحاله ويختارها أما المهاياة بابدال الهمزة المفاعلة وهي في لسان الشرع قسمة المنافع وانما جاز في الاعيان المشتركة التي يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها وهي واجبة اذا طلبها البعض دون البعض وتكلموا في كيفية جوازها قالوا ان كانت في الجنس الواحد والمنفعة تتفاوت تفاوتا يسيرا كما في الثياب والاراضي تعتبر افرازا من وجه مبادلة من وجه حتى لا ينفرد أحدهما بها واذا طلب أحدهما أجبر الآخر عليها ان لم يطلب القسمة وان كانت في الجنس المختلف كالدور والعبيد يعتبر مبادلة من كل وجه حتى لا يجوز من غير رضاهما وهذا لما ذكرنا انها قسمة المنافع فيعتبر بقسمة الاعيان وهي اعتبرت مبادلة من كل وجه في الجنس المختلف ومبادلة من وجه وافرازا من وجه في الجنس الواحد من الاعيان المتفاوتة تفاوتا يسيرا وبعضهم قالوا بانها في الجنس الواحد من الاعيان المتفاوتة تفاوتا يسيرا يعتبر افرازا من وجه عارية من وجه كان ما يستوفيه كل واحد منهما من المنافع بعضه له وبعضه نصيب صاحبه عارية له من صاحبه ولا تعتبر مبادلة بوجه ما لجوازها في الجنس الواحد ولو كانت مبادلة من وجه لما جاز فيه لانه يكون مبادلة المنفعة بجنسها والجنس بانفراده يحرم النساء ولانه ينفرد أحدهما بنقضها بعذر وبغير عذر ولو كانت مبادلة من وجه لما تفرد أحدهما بذلك كما في الاجارة لكن الاول أصح لان العارية لا تكون بعوض وهذا بعوض لان كل واحد منهما انما يترك المنفعة من نصيبه على صاحبه في نوبة صاحبه حتى يترك صاحبه نصيبه عليه في نوبته وانما لم تجز النساء لان القياس ان لا تحرم النساء باحد وصفي علة الربا لان الدين من العين مستويان في القدر الا أن العين فضل الجودة لما أن العين خير من الدين وأجود منه والفضل من حيث الجودة لا تحرم عند وجود وصفي علة الربا فلان لا يحرم عند وجود أحدهما أولى الا أنا أثبتنا هذه الحرمة عند أحد وصفي علة الربا بالنص بخلاف القياس والنص ورد فيما هو مبادلة من كل وجه والمهاياة مبادلة من وجه افراز من وجه فيعمل فيها بالقياس (قوله على ان يسكن هذا طائفة) يعني ناحية من الدار وهذا طائفة أي ناحية أخرى منها (قوله

جائزة فكذا المهاياة والتهايؤ فى هذا الوجه افراز لجميع الانصباء لا مبادلة ولهذا لا يشترط فيه التاقيت (ولكل واحد أن يستغل ما أصابه بالمهاياة شرط ذلك فى العقد أو لم يشترط) لحدوث المنافع على ملكه

لحصول التماثل فى الاولى من حيث الذات والمنفعة وفى الثانى من حيث المنفعة فحسب (قوله والتهايؤ فى هذا الوجه افراز لجميع الانصباء لا مبادلة ولهذا لا يشترط فيه التاقيت) هذا ايضاح أنه افراز لانه لو كان مبادلة كان تمليك المنافع بالعوض فيلحق بالاجارة حينئذ فيشترط التاقيت كذا فى الشروح أقول للقائل أن يقول ان أريد أنه لو كان مبادلة من كل وجه كان ملحقا بالاجارة فيشترط فيه التاقيت كما يشترط فى الاجارة فهو مسلم لكن لا يلزم من عدم كونه مبادلة من كل وجه كونه افرازا من وجه حتى يثبت كونه افرازا لجميع الانصباء لجواز أن يكون افرازا من وجه ومبادلة من وجه بان يكون افراز النصيب كل واحد منهما من المنفعة فى الناحية التى يسكن هو فيها ومبادلة لنصيبه منها فى الناحية الاخرى بنصيب الآخر فى الناحية التى يسكن هو فيها كما قالوا فى قسمة الاعيان على ما مر فى صدر كتاب القسمة أنها لا تعرى عن المبادلة والافراز لان ما يجتمع لاحدهما بعضه كان له وبعضه كان لصاحبه فهو يأخذه عوضا عما بقى من حقه فى نصيب صاحبه فكان مبادلة وافرازا وان أريد أنه لو كان مبادلة ولو بوجه كان ملحقا بالاجارة فيشترط فيه التاقيت كما يشترط فى الاجارة فهو ممنوع لان الاجارة مبادلة المنفعة بالعوض من كل وجه فلا يلزم من اشتراط التاقيت فيها اشتراطه فيما هو افراز من وجه ومبادلة من وجه قال صاحب العناية فى تعليل قول المصنف والتهايؤ فى هذا الوجه افراز لجميع الانصباء فان القاضى يجمع جميع منافع أحدهما فى بيت واحد بعد أن كانت شائعة فى البيتين وكذلك فى حق الآخر انتهى وقد سبقه الى هذا التوجيه تاج الشريعة فى شرح هذا المقام أقول فيه نظر لان جمع المنافع الشائعة فى البيتين فى بيت واحد محال لعدم جواز انتقال العرض من محل الى محل آخر كما تقرر فى محله فكيف يتمكن القاضى من جمعها فان قلت ليس المراد أن القاضى يجمعها حقيقة حتى يتوجه ما ذكر بل المراد أن القاضى يعتبر جمعها لئلا يكون ذلك التهايؤ مبادلة فيشترط فيه التاقيت كما أشار اليه المصنف بقوله ولهذا لا يشترط فيه التاقيت قلت اشتراط التاقيت فيه ليس باصعب من اعتبار المحال متحققا حتى يرتكب الثانى لاجل دفع الاول وأيضا اعتبار المحال متحققا ليس باولى وأسهل من عدم اعتبار شرط الاجارة ههنا الضرورة حتى يرتكب الاول دون الثانى وترك كثير مما يعتبر فى الشرع لاجل الضرورة شائع فى قواعد الشرع ألا ترى الى ما ذكر وافيما مر آنفا من أن القياس يأبى جواز التهايؤ لانه مبادلة المنفعة بجنسها وهى لا تجوز عندنا على ما تقرر فى كتاب الاجارات لكنا تركنا القياس فيه لضرورة حاجة الناس اليه على أن لزوم اشتراط التاقيت فيه على تقدير عدم اعتبار جمع الانصباء فى بيت واحد ممنوع لانه انما يلزم ذلك أن لو كان التهايؤ فى الوجه المذكور مبادلة من كل وجه وأما اذا كان افرازا من وجه ومبادلة من وجه فلا يلزم ذلك لان اشتراط التاقيت فيما هو مبادلة من كل وجه كما قررناه من قبل (قوله ولكل واحد أن يستغل ما أصابه بالمهاياة شرط ذلك فى العقد أو لم يشترط لحدوث المنافع على ملكه) قال تاج الشريعة فان قلت المنافع فى العارية تحدث على ملك المستعير ومع هذا لا يملك الاجارة قلت لجواز أن يسترده المعير قبل مضى المدة فلا فائدة انتهى أقول جواز الاسترداد قبل مضى المدة ههنا أيضا متحقق اذ قد مر فى الكتاب أنه لو وقعت المهاياة فيما يحتمل القسمة ثم طلب أحدهما القسمة يقسم وتبطل المهاياة لكون القسمة أبلغ فى احتمال أن يطلب

التهايؤ فى هذا الوجه افراز لجميع الانصباء) انما قيد بقوله فى هذا الوجه وهو ان يسكن هذا فى جانب من الدار ويسكن هذا فى جانب آخر منها فى زمان واحد لانه اذا اتحد زمان الاستيفاء يجعل افرازا لا مبادلة لانهما اذا تهايآ مكانين فى زمان واحد يتحقق معنى الافراز وأما اذا كان التهايؤ فى الزمانين فى مكان واحد لا يمكن جعله افرازا بل يجعل كل واحد منهما كالمستقرض عن الآخر فى نوبته فكان مبادلة لا افرازا (قوله ولهذا لا يشترط فيه التاقيت) ايضاح على انه افراز لانه لو كان مبادلة لا يشترط التأقيت كما فى الاجارة لانه لو كان مبادلة كان

علوها وهذا سفلها جاز لما ذكر فى المتن فالتهايؤ فى هذا الوجه وهو أن يسكن هذا فى جانب من الدار ويسكن هذا فى جانب آخر منها فى زمان واحد افراز لا مبادلة لتحقق معناه فان القاضى يجمع جميع منافع أحدهما فى بيت واحد بعد أن كانت شائعة فى البيتين وكذلك فى حق الآخر ولهذا لا يشترط فيه التاقيت ولو كان مبادلة كان تمليك المنافع بالعوض فيلحق بالاجارة ويشترط التاقيت فيل (قوله ولكل واحد أن يستغل ما أصابه) يجوز أن يكون توضيحا لكونه افرازا فانه اذا كان افرازا كانت المنافع حادثة على ملكه ومن حدثت المنافع على ملكه جاز أن يستغل وان لم يشترط فى العقد ذلك وهو ظاهر المذهب ذكره شمس الائمة السرخسى رحمه الله وفيه نظر لانه لو كان مبادلة كان كذلك أيضا والاولى أن يكون ابتداء كلام لنفى قول من يقول انهما اذا تهايآ ولم يشترطا الاجارة فى أول العقد لم يملك أحدهما أن يستغل ما أصابه

(قوله يجوز أن يكون توضيحا الى قوله ومن حدثت المنافع على ملكه جاز أن يستغل وان لم يشترط فى العقد ذلك) أقول منقوض بالاعارة

(ولو تهايآ في عبد واحد على أن يخدم هذا يوما وهذا يوما جاز وكذا هذا في البيت الصغير لان المهاياة قد تكون في الزمان وقد تكون من حيث المكان والاول متعين ههنا) ولم يذكر أن هذا افراز أو مبادلة لانه عطفه على صورة الافراز فكان معلوما فاذا كانت المهاياة في الجنس الواحد والمنفعة متفاوتة تفاوتا يسيرا كما في الثياب والاراضي تعتبر افرازا من وجه مبادلة من وجه حتى لا ينفرد أحدهما بهذه المهاياة واذا طلب أحدهما ولم يطلب الآخر قسمة الاصل أجبر عليها وقيل تعتبر افرازا من وجه عارية من وجه لانها لو كانت مبادلة لما جازت في الجنس الواحد لانه يكون مبادلة المنفعة بجنسها وانه يحرم ربا النساء والاول أصح لان العارية ليس فيها عوض وهذا بعوض وربا النساء ثابت عند أحد وصفي العلة بالنص على خلاف القياس فيما هو مبادلة في الاعيان من كل وجه فلا يتعدى الى غيره وان كانت في الجنس المختلف كالدور والعبيد تعتبر مبادلة من كل وجه حتى لا يجوز بدون رضاهما لان المهاياة قسمة المنافع وقسمة المنافع معتبرة بقسمة الاعيان وقسمة الاعيان اعتبرت مبادلة من كل وجه في الجنس المختلف فكذا في قسمة المنافع ولو اختلفا في التهايؤ من حيث الزمان والمكان في محل يحتملهما كالدار مثلا بان يطلب أحدهما أن يسكن في مقدمها وصاحبه في مؤخرها والآخر يطلب أن يسكن جميع الدار شهرا وصاحبه شهرا آخر يامرهما القاضي أن يتفقا لان لكل واحد منهما مزية فلا ترجيح لاحدهما اذ التهايؤ في المكان أعدل لاستوائهما في زمان الانتفاع من غير تقديم لاحدهما على الآخر وفي الزمان أكمل لان كلا منهما ينتفع بجميع جوانب الدار في نوبته فلا بد من الاتفاق دفعا للتحكم فان اختاراه من حيث الزمان يقرع في البداية نفيا للتهمة (قوله ولو تهايآ في العبدين) واضح وقوله (وقيل عند أبي حنيفة رحمه الله لا يقسم) فيه أي قال بعض المشايخ رحمهم الله عنه وقوله (وهكذا روى عنه) يعني روى الخصاف عنه بمثل ما قال بعض المشايخ

(ولو تهايآ في عبد واحد على أن يخدم هذا يوما وهذا يوما جاز وكذا هذا في البيت الصغير) لان المهاياة قد تكون في الزمان وقد تكون من حيث المكان والاول متعين ههنا (ولو اختلفا في التهايؤ من حيث الزمان والمكان في محل يحتملهما يامرهما القاضي بان يتفقا) لان التهايؤ في المكان أعدل وفي الزمان أكمل فلما اختلفت الجهة لا بد من الاتفاق (فان اختاراه من حيث الزمان يقرع في البداية) نفيا للتهمة (ولو تهايآ في العبدين على أن يخدم هذا هذا العبد والآخر الآخر جاز عندهما لان القسمة على هذا الوجه جائزة عندهما جبرا من القاضي وبالتراضي فكذا المهاياة وقيل عند أبي حنيفة لا يقسم القاضي وهكذا روى عنه لانه لا يجري

الآخر القسمة وتبطل المهاياة قبل مضي المدة كيف يملك كل واحد منهما أن يستغل ما أصابه بالمهاياة بناء على حدوث المنافع على ملكه ولا فائدة في الاستغلال على تقدير طلب الآخر القسمة قبل مضي المدة كما في صورة الاستعارة (قوله ولو تهايآ في عبد واحد على أن يخدم هذا يوما وهذا يوما جاز وكذا هذا في البيت الصغير لان المهاياة قد تكون في الزمان وقد تكون من حيث المكان والاول متعين ههنا) قال صاحب العناية ولم يذكر أن هذا افراز أو مبادلة لانه عطفه على صورة الافراز فكان معلوما انتهى أقول ليس هذا بسديد لانه ان أراد أنه قد علم من عطفه على صورة الافراز أنه أيضا افراز بناء على أن المعطوف في حكم المعطوف عليه فليس بصحيح لان مجرد العطف لا يقتضي اشتراك المعطوفين في جميع الاحكام ألا يرى أن كثيرا من المسائل المتباينة في الاحكام يعطف بعضها على بعض على أن التهايؤ في العبد الواحد وفي البيت الصغير تهايؤ من حيث الزمان ولا مجال في مثل ذلك لان يكون افرازا كما يفهم من أدلة المسائل الآتية سيما من الفرق بين التهايؤ على الاستغلال في دار واحدة والتهايؤ على الاستغلال في الدارين وان أراد أنه قد علم من عطفه على صورة الافراز أنه ليس بافراز بناء على لزوم التغاير بين المعطوف والمعطوف عليه فليس بصحيح أيضا اذ يكفي في العطف المغايرة بينهما بحسب الذات ولا يلزم فيه المغايرة بينهما في جميع الاوصاف والاحكام حتى يتم ما ذكروه وبالجملة لا دلالة للعطف ههنا على كون المذكور بطريق العطف من قبيل الافراز والمبادلة فالتشبث بحديث العطف ههنا مما لا معنى له أصلا كما لا يخفى ثم قال صاحب العناية فان كانت المهاياة في الجنس الواحد والمنفعة متفاوتة تفاوتا يسيرا كما في الثياب والاراضي تعتبر افرازا من وجه مبادلة من وجه حتى لا ينفرد أحدهما بهذه المهاياة واذا طلبها أحدهما ولم يطلب الآخر قسمة الاصل أجبر عليها وقيل تعتبر افراز

تمليك المنافع بالعوض فيلتحق بالاجارة وحينئذ فيشترط التاقيت (قوله لان التهايؤ في المكان أعدل) لان كل واحد منهما ينتفع في زمان واحد (قوله وفي الزمان أكمل) لانه ينتفع بجميع الدار (قوله فان اختاراه من حيث الزمان) انما قيد الاختيار من حيث الزمان ولم يطلق لان التسوية في المكان ممكن في الحال بان يسكن

(قوله ولم يذكر الى قوله فكان معلوما) أقول فيه بحث (قوله فان كانت المهاياة) أقول من حيث الزمان (قوله فيما هو مبادلة على الاعيان من كل وجه) أقول قوله من متعلق بالمبادلة لا بالاعيان (قوله فلا يتعدى الى غيره) أقول قيل اجارة السكنى بالسكنى ليست مبادلة الاعيان فينبغي أن يجوز (قوله وان كانت في الجنس المختلف كالدور والعبيد يتعين مبادلة من كل وجه الخ) أقول فينبغي أن لا يجوز كاجارة السكنى بالسكنى ثم هو مخالف لقول المصنف بعد أسطر ويعتبر افرازا وجوابه ظاهر فان ذلك ليس من حيث الزمان بل في المكان (قوله بان يطلب أحدهما أن يسكن في مقدمها الخ) أقول الاولى أن لا يعين المقدم والمؤخر

فيها الجبر عنده والاصح أنه يقسم القاضي عنده أيضا لان المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت بخلاف أعيان الرقيق لانها تتفاوت تفاوتا فاحشا على ما تقدم (ولو تهايآ فيهما على أن نفقة كل عبد على من يأخذه جاز) استحسانا للمسامحة في اطعام المماليك بخلاف شرط الكسوة لا يسامح فيها (ولو تهايآ في دارين على أن يسكن كل واحد منهما دارا جاز ويجبر القاضي عليه وهذا عندهما ظاهر لان الدارين عندهما كدار واحدة وقد قيل لا يجبر عنده اعتبارا بالقسمة وعن أبي حنيفة أنه لا يجوز التهايؤ فيهما أصلا بالجبر لما قلنا وبالتراضي لانه بيع السكنى بالسكنى بخلاف قسمة رقبتهما لان بيع بعض أحدهما ببعض الآخر جائز وجه الظاهر أن التفاوت يقل في المنافع فيجوز بالتراضي ويجري فيه جبر القاضي ويعتبر افرازا أما يكثر التفاوت (٢) في أعيانهما فاعتبر مبادلة (وفي الدابتين لا يجوز التهايؤ على الركوب عند أبي حنيفة وعندهما يجوز) اعتبارا بقسمة الاعيان وله أن الاستعمال يتفاوت بتفاوت الراكبين فانهم بين حاذق وأخرق والتهايؤ في الركوب في دابة واحدة على هذا الخلاف لما قلنا بخلاف العبد لانه يخدم باختياره فلا يتحمل زيادة على طاقته والدابة تحملها وأما التهايؤ في الاستغلال يجوز في الدار الواحدة في ظاهر الرواية وفي العبد الواحد والدابة الواحدة لا يجوز

من وجه عارية من وجه لانها لو كانت مبادلة لما جازت في الجنس الواحد لانه يكون مبادلة المنفعة بجنسها وانه يحرم ربا النساء والاول أصح لان العارية ليس فيها عوض وهذا بعوض وربا النساء ثابت عند أحد وصفي العلة بالنص على خلاف القياس فيما هو مبادلة في الاعيان من كل وجه فلا يتعدى الى غيره انتهى أقول هذا الذي ذكره مأخوذ من الذخيرة والمبسوط وقد ذكر في النهاية ومعراج الدراية أيضا بنوع تفصيل ولكن فيه بحث وهو أنه قد مر في كتاب الاجارات أن اجارة المنافع بجنسها كاجارة السكنى بالسكنى واللبس باللبس والركوب بالركوب غير صحيحة عندنا وقالوا في تعليل ذلك ان الجنس بانفراده يحرم النساء عندنا فصار كبيع القوهي بالقوهي نسيئة وقال المصنف هنالك واليه أشار محمد رحمه الله تعالى فلو كان ربا النساء عند وجود أحد وصفي العلة وهي القدر مع الجنس مختصا بمورد النص وهو البيع غير متعد الى غيره لما تم استدلال أئمتنا في الاجارات على عدم صحة اجارة المنافع بجنسها بربا النساء نعم لنا دليل آخر على عدم صحة ذلك كما مر أيضا في الكتاب هنالك لكن الكلام في الدليل الاول الذي ارتضاه فحول الفقهاء قاطبة حتى أشار اليه محمد رحمه الله تعالى وقال صاحب العناية بعد كلامه السابق وان كانت في الجنس المختلف كالدور والعبيد تعتبر مبادلة من كل وجه حتى لا تجوز بدون رضاهما لان المهايأة قسمة المنافع وقسمة المنافع معتبرة بقسمة الاعيان وقسمة الاعيان اعتبرت مبادلة من كل وجه في الجنس المختلف فكذا قسمة المنافع انتهى أقول وهذا أيضا مأخوذ من الكتب المذكورة ولكنه محل بحث أيضا أما أولا فلانه قد ذكر في الكتاب من قبل أن التهايؤ من حيث المكان افراز لجميع الانصباء لا مبادلة ولهذا لا يشترط فيه التأقيت ولا يخفى أن التهايؤ في الجنس المختلف انما يتصور بان انتفع أحد الورثة باحد الاجناس والآخر بالآخر كما في الدور والعبيد فيصير من قبيل التهايؤ من حيث المكان فكيف يتم القول بان المهايأة ان كانت في الجنس المختلف تعتبر مبادلة وأما ثانيا فلانه لو اعتبرت المهايأة في الجنس المختلف مبادلة من كل وجه لكانت المهايأة في الدور كاجارة السكنى بالسكنى وفي العبيد كاجارة

هذا بعضها والآخر بعضها اما التسوية من حيث الزمان فلا يمكن الا أن تمضي مدة أحدهما ثم يسكن الآخر مثل تلك المدة فيقرع نفيا للتهمة وتطييبا للقلوب (قوله ولو تهايآ في دارين) أي على السكنى والغلة (قوله وقد قيل لا يجبر عنده) وهو قول الكرخي رحمه الله (قوله وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا يجوز فيه التهايؤ أصلا) أي لا بطريق الجبر ولا بطريق التراضي اما بالجبر فلما قلنا وهو قوله اعتبارا بالقسمة وبالتراضي لانه بيع السكنى بالسكنى وهو غير جائز على ما مر في الاجارات وجواب ظاهر الرواية عن هذا ما ذكر أن الحرمة عند وجود أحد وصفي علة الربا ثابتة بالنص بخلاف القياس والنص ورد فيما هو مبادلة من كل وجه وهو

وقوله (والاصح أنه يقسم القاضي عنده أيضا) قال الكرخي معنى قول أبي حنيفة أن الدور لا تقسم) أي ان القاضي لا يقسمها فان فعل جاز وعلى هذا تجوز القسمة في الاصول فكذا في المنافع وتعليل الكتاب وهو قوله (لان المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت أو جعلبقاء قوله في الاصول بلا تأويل وقوله (ولو تهايآ فيهما) واضح

(قوله قوله في الاصول) أقول أي قول أبي حنيفة رحمه الله لا يقسم الدور (قوله بلا تأويل) أقول على ما ذكره الكرخي (٢ قول صاحب الهداية أما يكثر التفاوت الخ وجد بهامش الاصل حق العبارة أما التفاوت فيكثر في أعيانهما لان أما لا يليها الا الاسم اه مصححه

ووجه الفرق هو أن النصيبين يتعاقبان في الاستيفاء والاعتدال ثابت في الحال والظاهر بقاؤه في العقار وتغيره في الحيوان لتوالي أسباب التغير عليه فتفوت المعادلة ولو زادت الغلة في نوبة أحدهما عليها في نوبة الآخر يشتركان في الزيادة ليتحقق التعديل بخلاف ما إذا كان التهايؤ على المنافع فاستغل أحدهما في نوبته زيادة لأن التعديل فيما وقع عليه التهايؤ حاصل وهو المنافع فلا تضره زيادة الاستغلال من بعد (والتهايؤ على الاستغلال في الدارين جائز) أيضا في ظاهر الرواية لما بينا ولو فضل غلة أحدهما لا يشتركان فيه بخلاف الدار الواحدة والفرق أن في الدارين معنى التمييز والإفراز راجح لاتحاد زمان الاستيفاء وفي الدار الواحدة يتعاقب الوصول فاعتبر قرضا وجعل كل واحد في نوبته كالوكيل عن صاحبه فلهذا يرد عليه حصته من الفضل وكذا يجوز في العبدين عندهما اعتبارا بالتهايؤ في المنافع ولا يجوز عنده لأن التفاوت في أعيان الرقيق أكثر منه من حيث الزمان في العبد الواحد فأولى أن يمتنع الجواز

الخدمة بالخدمة ومثل ذلك لا يجوز عندنا كما تقرر في الإجارات اللهم إلا أن يكون بمجموع قوله كالدور والعبيد مثالا واحدا فالمراد مثل أن يتهايآ على أن يسكن أحدهما الدور ويستخدم الآخر العبيد لكنه بعيد جدا سيما في مقابلة قوله من قبل كما في الثياب والأراضي وأما ثانيا فلأن قوله وقسمة الأعيان اعتبرت مبادلة من كل وجه ممنوع إذ قد تقرر في صدر كتاب القسمة أن قسمة الأعيان مطلقا لا تعرى عن معنى الإفراز ومعنى المبادلة إلا أن معنى الإفراز هو الظاهر في ذوات الأمثال ومعنى المبادلة هو الظاهر في غير ذوات الأمثال غير أن ذلك الغير إن كان من جنس واحد أجبر القاضي على القسمة عند طلب أحد الشركاء وإن كان أجناسا مختلفة لا يجبر القاضي على قسمتها لتعذر المعادلة باعتبار فحش التفاوت في المقاصد اللهم إلا أن يقال المراد بما ذكرها هنا أن قسمة الأعيان في الجنس المختلف اعتبرت مبادلة من كل وجه في الحقيقة فلا ينافي ما تقرر في صدر الكتاب لكن فيه ما فيه فتأمل (قوله ووجه الفرق أن النصيبين يتعاقبان في الاستيفاء والاعتدال ثابت في الحال والظاهر بقاؤه في العقار وتغيره في الحيوان لتوالي أسباب التغير عليه فتفوت المعادلة) قال في العناية لأن الاستغلال إنما يكون بالاستعمال والظاهر أن عمله في الزمان الثاني لا يكون كما كان في الأول لأن القوى الجسمانية متناهية اهـ أقول لقائل أن يقول مقتضى هذا الوجه أن لا يجوز التهايؤ في العبد الواحد على نفس المنافع كما لا يجوز على الاستغلال إذ الظاهر أن منافعه التي هي أعماله لا تكون في الزمان الثاني كما كانت في الأول لتناهي القوى الجسمانية فتفوت المعادلة مع أن التهايؤ في العبد الواحد على منافعه جائز بالاتفاق كالتهايؤ على منفعة البيت الصغير كما مر من قبل في الكتاب ثم أقول يمكن أن يجاب عنه بأن التهايؤ في العبد على الخدمة إنما جوز ضرورة أنها لا تبقى فيتعذر قسمتها ولا ضرورة في الغلة لأنها أعيان باقية ترد القسمة عليها فافترقا وسيجيء في الكتاب عين هذا الفرق بين المنفعة والغلة فتبصر (قوله ولا يجوز عنده لأن التفاوت في أعيان الرقيق أكثر منه من حيث الزمان في العبد الواحد فأولى أن يمتنع الجواز) وعورض بأن معنى الإفراز

البيع والمهايأة إفراز من وجه ومبادلة من وجه فيعمل فيها بقضية القياس (قوله لما بينا) إشارة إلى قوله والاعتدال ثابت في الحال إلى آخره (قوله اعتبارا بالتهايؤ في المنافع) وهو التهايؤ في الاستخدام الخالي عن الاستغلال (قوله لأن التفاوت في أعيان الرقيق أكثر منه) أي من التفاوت من حيث الزمان في العبد الواحد ثم التهايؤ في استغلال العبد الواحد لا يجوز بالاتفاق فأولى أن لا يجوز في العبدين ولكنهما يفرقان بين جواز التهايؤ في استغلال العبدين وبين عدم جواز التهايؤ في استغلال العبد الواحد كذا ذكره في المبسوط وقال فهما يقولان معنى القسمة والتمييز يترجح في غلة العبدين لأن كل واحد منهما يصل إلى نصيبه في الوقت الذي يصل إليه صاحبه فيجوز ذلك كما في المهايأة في الخدمة وفي غلة الدارين فأما في العبد الواحد فمعنى المعاوضة يغلب لأنه يصل أحدهما إلى الغلة قبل أن يصل الآخر إليه وفيه معنى الخطر بما يعرض العبد في نوبة أحدهما فيعجز عن الخدمة وربما يمتنع عن الخدمة بدعوى الحرية ومعنى الخطر في المعاوضة مبطل له وبه فارق غلة الدار

وقوله (ووجه الفرق) يعني بين جواز التهايؤ في الاستغلال في دار واحدة وعدمه في العبد الواحد والدابة الواحدة وقوله (فتفوت المعادلة) لأن الاستغلال إنما يكون بالاستعمال والظاهر أن عمله في الزمان الثاني لا يكون كما كان في الأول لأن القوى الجسمانية متناهية وقوله (ولو زادت الغلة في نوبة أحدهما) يعني في الدار الواحدة وقوله (في ظاهر الرواية) احتراز عما روي عن أبي حنيفة في الكيسانيات أنه لا يجوز لأن قسمة المنفعة تعتبر بقسمة العين وهي عنده في الدارين لا تجوز للتفاوت وقوله (لما بينا) إشارة إلى قوله والاعتدال ثابت في الحال الخ وقوله (اعتبارا بالتهايؤ في المنافع) يعني في الاستخدام الخالي عن الاستغلال وقوله (لأن التفاوت في أعيان الرقيق أكثر منه) أي من التفاوت من حيث الزمان في العبد

الواحد لانه قد يكون فى أحدهما كياسة وحذق ولباقة يحصل فى الشهر الواحد من الغلة ما لا يقدر عليه الآخر ثم التهايؤ فى استغلال العبد الواحد لا يجوز بالاتفاق ففى استغلال العبدين أولى أن لا يجوز وعورض بان معنى الافراز والتمييز راجح فى غلة العبدين لان كل واحد منهما يصل الى الغلة فى الوقت الذى يصل اليها فيه صاحبه فكان كالمهاياة فى الخدمة وأجيب بان التفاوت يمنع من رجحان معنى الافراز بخلاف الخدمة لما بينا من وجه الاصح ان المنافع فى الخدمة قلما تتفاوت وقوله (والتهايؤ فى الخدمة جوز ضرورة) جواب عن قولهما اعتبارا بالتهايؤ فى المنافع وبيان الضرورة ما نذكره بعد هذا أن المنافع لا تبقى فتتعذر قسمتها ولا ضرورة فى الغلة لامكان قسمتها لكونها أعيانا فيستغلانه على طريق الشركة ثم يقتسمان ما حصل من الغلة ولقائل أن يقول علل جواز التهايؤ فى المنافع بقوله من قبل لان المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت وعلله هنا بضرورة تعذر القسمة وفى ذلك توارد علتين مستقلتين على حكم واحد بالشخص وهو باطل ويمكن أن يجاب عنه بان المذكور من قبل تتمة هذا التعليل لان علة الجواز تعذر القسمة وقلة التفاوت جميعا لا أن كل واحد منهما علة مستقلة وقوله (ولان الظاهر) وجه آخر لابطال القياس ولا يجوز فى الدابتين عنده خلافا لهما والوجه ما بيناه فى الركوب وهو قوله اعتبارا بقسمة الاعيان الخ وقوله (ولو كان نخل أو شجر الخ) واضح

والتهايؤ فى الخدمة جوز ضرورة ولا ضرورة فى الغلة لامكان قسمتها لكونها اعيانا ولان الظاهر هو التسامح فى الخدمة والاستقصاء فى الاستغلال فلا يتقاسمان (ولا يجوز فى الدابتين عنده خلافا لهما) والوجه ما بيناه فى الركوب (ولو كان نخل أو شجر أو غنم بين اثنين فتهايآ على أن يأخذ كل واحد منهما طائفة يستثمرها أو يرعاها ويشرب ألبانها لا يجوز) لان المهاياة فى المنافع ضرورة انها لا تبقى فيتعذر قسمتها وهذه أعيان باقية ترد عليها القسمة عند حصولها والحيلة أن يبيع حصته من الآخر ثم يشترى كلها بعد مضى نوبته أو ينتفع باللبن بمقدار معلوم استقراضا لنصيب صاحبه اذ قرض المشاع جائز

والتمييز راجح فى غلة العبدين لان كل واحد منهما يصل الى الغلة فى الوقت الذى يصل اليها فيه صاحبه فكان كالمهاياة فى الخدمة وأجيب بان التفاوت يمنع من رجحان معنى الافراز بخلاف الخدمة لما بينا من وجه الاصح أن المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت كذا فى العناية أقول فى الجواب نظر اذ قد مر فى بيان فوت المعادلة فى التهايؤ فى العبد الواحد على الاستغلال أن الاستغلال انما يكون على حسب الاستعمال فلما قل التفاوت فى المنافع من حيث الخدمة لزم أن يقل التفاوت فى الغلة أيضا بالضرورة فلم يظهر وجه المخالفة بين المسئلتين ولعل هذا هو السر فى أن جماعة من الشراح ذكروا مضمون المعارضة المزبورة بطريق بيان الفرق بين المسئلتين من قبل الامامين وعزوه الى المبسوط ولم يتعرضوا للجواب عنه أصلا فتدبر (قوله والتهايؤ فى الخدمة جوز ضرورة ولا ضرورة فى الغلة لامكان قسمتها لكونها اعينا) هذا جواب عن قولهما اعتبارا بالتهايؤ فى المنافع وبيان الضرورة ما سيذكره بعد هذا أن المنافع لا تبقى فيتعذر قسمتها قال صاحب العناية ولقائل أن يقول علل التهايؤ فى المنافع من قبل بقوله لان المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت وعلله ههنا بضرورة تعذر القسمة وفى ذلك توارد علتين مستقلتين على حكم واحد بالشخص وهو باطل ويمكن أن يجاب عنه بان المذكور من قبل تتمة هذا التعليل لان علة الجواز تعذر القسمة وقلة التفاوت جميعا لا أن كل واحد منهما علة مستقلة الى هنا كلامه أقول لا السؤال بشئ ولا الجواب أما الاول فلان الباطل انما هو توارد العلتين المستقلتين على الواحد بالشخص على طريق الاجتماع لا توارده ماعليه على سبيل البدل كما تقرر فى موضعه واللازم فيما نحن فيه هو الثانى دون الاول اذ لا يخفى أن المقصود من ايراد العلل المتعددة فى أمثال هذا المقام هو التنبيه على أن كل واحدة منهما تصلح لافادة المدعى بالاستقلال بدلا عن الاخرى وفائدة ذلك بيان طرق مختلفة موصلة الى المطلوب ليسلك الطالب أى طريق شاء وأما الثانى فلان الظاهر من تعليل المصنف باحدى العلتين المذكورتين فى كل من الموضعين المتفرقين أن يكون كل واحدة منهما علة مستقلة والا يلزم أن لا يفيد شئ منهما المدعى فى مقامه ضرورة عدم حصول المطلوب بجزء العلة على أن استقلال كل واحدة منهما فى الافادة بين أما قلة التفاوت فلان القليل فى حكم العدم فى عامة أحكام الشرع وأما ضرورة تعذر القسمة فلان الضرورات تبيح المحظورات على ما عرف وليت شعرى ماذا يصنع الشارح المزبور فى قول المصنف فيما بعد ولان الظاهر هو التسامح فى الخدمة الى آخره وقد اعترف بانه وجه آخر لابطال القياس وكذا فى نظائر ذلك

الواحدة لان الغالب فيها السلامة (قوله والتهايؤ فى الخدمة جوز ضرورة) هذا جواب اشكال يرد على قوله لان التفاوت فى اعيان الرقيق أكثر وهو أن يقال لو كان التعليل بالتفاوت فى اعيان الرقيق معولا عليه لما جاز ذلك فى الاستخدام فاجاب ان فى الاستخدام ضرورة لانه لا يمكن قسمتها ولا ضرورة فى الغلة لامكان قسمتها لكونها اعينا (قوله الحيلة ان يبيع حصته من الآخر) أى من الشجر والغنم والله أعلم

(قوله وفى ذلك توارد علتين مستقلتين على حكم واحد بالشخص وهو باطل) أقول فيه تأمل (قال المصنف اذ قرض المشاع جائز) أقول نعم لكن تأجيل القرض ليس بجائز الا أن يقال ليس قرضا من كل وجه

(كتاب المزارعة)

(قال أبو حنيفة رحمه الله المزارعة بالثلث والربع باطلة) اعلم أن المزارعة لغة مفاعلة من الزرع وفي الشريعة هي عقد على الزرع ببعض الخارج وهي فاسدة عند أبي حنيفة وقالا هي جائزة لما روى أن النبي عليه السلام عامل أهل خيبر على نصف ما يخرج من ثمر أو زرع ولانه عقد شركة بين المال والعمل فيجوز اعتبارا بالمضاربة والجامع دفع الحاجة فان ذا المال قد لا يهتدي الى العمل والقوي عليه لا يجد المال فمست الحاجة الى انعقاد هذا العقد بينهما بخلاف دفع الغنم والدجاج ودود القز معاملة بنصف الزوائد

من الادلة المتعددة المذكورة في كثير من المسائل فهل يجعل كل واحد منهما جزء العلة لا علة مستقلة والله الموفق للصواب

(كتاب المزارعة)

لما كان الخارج من الارض في عقد المزارعة من أنواع ما يقع فيه القسمة ذكر المزارعة عقيب القسمة كذا في الشروح (قوله قال أبو حنيفة المزارعة بالثلث والربع باطلة) قال في العناية انما قيد بالثلث والربع ليبين محل النزاع لانه لو لم يعين أصلا أو عين دراهم مسماة كانت فاسدة بالاجماع اهـ أقول يرد على ظاهره أن المزارعة بالنصف و بالخمس و بغيرهما من الكسور محل النزاع أيضا فكيف يتبين بالتقييد بالثلث والربع محل النزاع فالوجه ما ذكر في سائر الشروح من أنه انما قيد بالثلث والربع مع أنه لا تجوز المزارعة في جميع الصور عنده تبركا بلفظ الحديث فانه جاء في الحديث أنه عليه السلام نهى عن المخابرة فقيل وما المخابرة قال المزارعة بالثلث والربع وانما خص في الحديث بذلك لمكان العادة في ذلك الوقت بذلك التقدير اهـ والذي يمكن في توجيه ما في العناية أن المقصود بقوله انما قيد بالثلث والربع مقابلة التقييد بالاطلاق لا مقابلة التقييد بالتقييد يعني أنه قيد بالثلث والربع ولم يطلق عن القيد بالكلية لأنه قيد بهذا القيد المخصوص وهو الثلث والربع ولم يقيد بقيد آخر كالنصف وغيره لكن فيه ما فيه كما ترى (قوله ولانه عقد شركة بين المال والعمل فيجوز اعتبارا بالمضاربة) قال تاج الشريعة قلت الربح في المضاربة يحصل بمال من أحد الجانبين و بعمل من الجانب الآخر فتنعقد شركة بينهما في الربح وهنا كذلك انتهى أقول لم يجز في المضاربة أن يكون المال والعمل من أحد الجانبين ولهذا قالوا هناك وشرط العمل على رب المال مفسد للعقد وهنا جاز لما سيأتي في الكتاب أنه اذا كانت الارض لواحد والعمل والبقر والبذر لواحد جازت المزارعة ولا شك أن البذر مال بل البقر أيضا مال وقد اجتمعا مع العمل في أحد الجانبين فكيف يتم اعتبار المزارعة مطلقا بالمضاربة

(كتاب المزارعة)

(قوله اعلم أن المزارعة لغة مفاعلة من الزرع) هي تقتضي فعلا من الجانبين كالمناظرة والمقابلة وفعل الزرع يوجد من أحد الجانبين وانما سمي بها بطريق التغليب كالمضاربة مفاعلة من الضرب (قوله قال أبو حنيفة رحمه الله المزارعة بالثلث والربع باطلة) وانما قيد بالثلث والربع مع أنه لا تجوز المزارعة بالنصف أيضا وكذا بالخمس والسدس وغير ذلك من المقادير عنده تبركا بلفظ الحديث وهو ما روي عن زيد بن ثابت رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن المخابرة فقيل وما المخابرة قال المزارعة بالثلث والربع وانما خص الحديث بذلك لمكان العادة في ذلك الوقت بذلك التقدير (قوله فيجوز اعتبارا بالمضاربة) والجامع دفع الحاجة فان الانسان قد يكون له أرض المزارعة ولا يهتدي اليها وقد يكون مهتديا ولا يكون له أرض فتثبت الحاجة الى انعقادها لينتظم مصلحتهما ويحصل مقصودهما من الربح كما في المضاربة فان ذا المال لا يهتدي الى العمل والقوي عليه لا يجد المال فمست الحاجة الى انعقاد هذا العقد بينهما بخلاف دفع الغنم والدجاج ودود القز معاملة بنصف الاولاد والابريسم فان تلك الزوائد تتولد من العين ولا أثر لعمل الراعي والحافظ فيها وانما تحصل الزيادة بالعلف والسقي والحيوان يباشرهما باختياره فلم تتحقق شركة مع أنه ليس في ذلك العقد عرف ظاهر

(كتاب المزارعة) لما كان الخارج في عقد المزارعة من أنواع ما يقع فيه القسمة ذكر المزارعة بعدها وذكر المصنف رحمه الله معناها لغة وشريعة فأغنانا عن ذكره وسببه سبب المعاملات وشرعيته مختلف فيها قال (قال أبو حنيفة رحمه الله المزارعة بالثلث والربع باطلة) وانما قيد بالثلث والربع لتبيين محل النزاع لانه لو لم يعين أصلا أو عين دراهم مسماة كانت فاسدة بالاجماع (وقالا هي جائزة لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم عامل أهل خيبر على نصف ما يخرج من ثمر أو زرع) ولما ذكر في الكتاب من القياس

لانه لاأثر هنالك للعمل فى تحصيلها فلم تتحقق شركة وله ماروى أنه عليه السلام نهى عن المخابرة وهى المزارعة ولانه استئجار ببعض مايخرج من عمله فيكون فى معنى قفيز الطحان ولان الاجر مجهول أومعدوم وكل ذلك مفسد ومعاملة النبى عليه السلام أهل خيبر كان خراج مقاسمة بطريق المن والصلح وهو جائز (واذا فسدت عنده فان سقى الارض وكربها ولم يخرج شئ منه فله أجر مثله) لانه فى معنى اجارة فاسدة وهذا اذا كان البذر من قبل صاحب الارض واذا كان البذر من قبله فعليه أجر مثل الارض

فتامل (قوله لانه لاأثر هنالك للعمل فى تحصيلها) قال صاحب معراج الدراية فى شرح هذا المحل لانه أى الزوائد على تأويل الزائد انتهى أقول هذا تعسف قبيح لايقبله ذو فطرة سليمة عند مساغ أن يحمل الضمير فى قوله لانه على الشان كما لايخفى (قوله ومعاملة النبى عليه السلام أهل خيبر كان خراج مقاسمة بطريق المن والصلح وهو جائز) قال بعض الفضلاء هذا مخالف لما أسلفه فى باب العشر والخراج ان أرض العرب كلها أرض عشر فان خيبر من أرض العرب اه أقول كون خيبر من أرض العرب ممنوع كيف وقد تقرر فى الباب المذكور أيضا أن أرض العرب لايقر أهلها عليها على الكفر فان مشركى العرب لايقبل منهم الا الاسلام أو السيف وقد أقر النبى عليه السلام أهل خيبر على أراضيهم على الكفر وذكر واحد أرض العرب طولا وعرضا فى الباب المذكور فمن أتقن ذلك فى موضعه لعله يحكم بان خيبر ليست من أرض العرب

فاما ههنا فلعمل المزارع تأثير فى تحصيل الخارج والعرف ظاهر فى عامة البلدان فافترقا (قوله وله ماروى أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن المخابرة) وهى المزارعة من الخبير وهو الاكار لمعالجته الخبار وهى الارض الرخوة وقيل من الخبرة وهى النصيب (قوله ولانه استئجار) والدليل على انه استئجار هو انه لايصح بدون ذكر المدة وذلك من خصائص الاجارات فكان هذا استئجارا ببعض مايخرج منه فيكون فى معنى قفيز الطحان وقد نهى النبى عليه السلام عن قفيز الطحان وهو ان يستاجر رجلا ليطحن له كذا من حنطة بقفيز من دقيقها (قوله ولان الاجر مجهول) أى على تقدير وجود الخارج فانه لايعلم ماشرط له من الثلث أو الربع يبلغ مقدار عشرة أقفزة أو أقل أو أكثر أو معدوم أى على تقدير أن لايخرج من الارض شئ اذا أصابته آفة أو أن ذلك الاجر لايثبت فى الذمة ويكون معدوما حقيقة بخلاف ما اذا استأجر شيأ وليس فى ملكه شئ من الاجر حيث يصح الاستئجار لوجود الاجر فى الذمة (قوله ومعاملة النبى صلى الله عليه وسلم أهل خيبر كان خراج مقاسمة) الخراج على نوعين خراج وظيفة وخراج مقاسمة فالوظيفة هو ان يوظف الامام كل سنة على مال كما صالح النبى عليه الصلاة والسلام مع أهل نجران على ان يؤدوا كل سنة ألفا ومائتى حلة ستمائة فى محرم وستمائة فى رجب والمقاسمة هى أن يقسم الامام مايخرج من الارض كما صالح النبى صلى الله عليه وسلم مع أهل خيبر على ان مايخرج من أراضيهم نصفه للنبى صلى الله عليه وسلم ونصفه لاهلها كذا ذكره الامام المحبوبى رحمه الله فى زكاة الجامع الصغير وليس فى هذا الحديث حجة ان جوز المزارعة لان ذلك كان على سبيل المصالحة فانه لو أخذ الكل جاز فانه عليه الصلاة والسلام ملكه غنيمة وكان ماترك فى أيديهم فضلا وقد أجمعوا على ان عقد المزارعة لايصح الابيان المدة المعلومة فلم يصلح الحديث حجة وأما الجواب عن اعتبارهم بالمضاربة قلنا لايصح الاستدلال بعقد المضاربة لان معنى الشركة ثم أغلب حتى يصح بدون ضرب المدة فيكون الربح متولدا من العمل والمال جميعا وعقد الشركة ينعقد على محض العمل كما فى شركة الاعمال فلم تكن المزارعة نظير المضاربة لان معنى الاجارة فى المزارعة أغلب لاشتراط المدة فيها بخلاف المضاربة فامتنع الاستدلال بعقد المضاربة كذا فى

وقوله (لانه لاأثر هنالك للعمل فى تحصيلها) يعنى لانه تخلل فعل فاعل مختار وهو أكل الحيوان فيضاف اليه واذا كان مضافا اليه لايضاف الى غيره وهو العامل فلم تتحقق فيه الشركة (ولابى حنيفة رحمه الله ماروى أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن المخابرة) فقيل وما المخابرة قال المزارعة بالثلث أو الربع (ولانه استئجار ببعض مايخرج من عمله) فانها لاتصح بدون ذكر المدة وذلك من خصائص الاجارة (فتكون فى معنى قفيز الطحان ولان الاجر مجهول) على تقدير وجود الخارج فانه لايعلم أن نصيبه الثلث أو الربع يبلغ مقدار عشرة أقفزة أو أقل منه أو أكثر (أو معدوم) على تقدير عدم الخارج (وكل ذلك مفسد ومعاملة النبى صلى الله عليه وسلم أهل خيبر كان خراج مقاسمة) وهى أن يقسم الامام مايخرج من الارض وكان (بطريق المن والصلح) لانه لو أخذ الكل جاز لانه عليه الصلاة والسلام ملكها غنيمة فكان ماترك فى أيديهم فضلا ولم يبين مدة معلومة وقد أجمعوا على أن عقد المزارعة لايصح الابيان مدة معلومة (وهو) أى خراج المقاسمة بطريق المن والصلح (جائز) فلم يكن الحديث حجة لمجوزها ولم يذكر الجواب عن القياس على المضاربة لظهور فساده فان من شرطه أن يتعدى الحكم الشرعى الى فرع هو نظيره وههنا ليس كذلك لان معنى الاجارة فيها أغلب حتى اشترطت فيها المدة بخلاف المضاربة قوله (واذا فسدت عنده)

(قال المصنف ولان الاجر مجهول أو معدوم) أقول فان قيل منقوض بالمضاربة والجواب ظاهر (قال المصنف ومعاملة النبى عليه الصلاة والسلام أهل خيبر كان خراج مقاسمة الخ) أقول مخالف لما أسلفه فى باب العشر والخراج ان أرض العرب كلها أرض عشر فان خيبر من أرض العرب فتامل (قوله لان معنى الاجارة فيها أغلب) أقول ليس فيما ذكره مايدل على الاغلبية بل على وجود معنى الاجارة

واضح وقوله (والخارج فى الوجهين) يعنى فيما اذا كان البذر من قبل العامل وفيما اذا كان من قبل رب الارض وقوله (لانه نماء ملكه)
منقوض بمن غصب بذرا فزرعه فان الزرع له وان كان نماء ملك صاحب البذر وأجيب بان الغاصب عامل لنفسه باختياره وتحصيله فكان
اضافة الحادث الى عمله أولى والمزارع عامل بامر غيره فجعل العمل مضافا الى الآمر وقوله (كما فصلنا) اشارة الى قوله وهذا

والخارج فى الوجهين لصاحب البذر لانه نماء ملكه وللآخر الاجر كما فصلنا الا أن الفتوى على قولهما لحاجة الناس اليها ولظهور تعامل الامة بها والقياس يترك بالتعامل كما فى الاستصناع (ثم المزارعة لصحتها على قول من يجيزها شروط أحدها كون الارض صالحة للزراعة) لان المقصود لا يحصل بدونه (والثانى أن يكون رب الارض والمزارع من أهل العقد وهو لا يختص به) لان عقدا ما لا يصح الا من الاهل (والثالث بيان المدة) لانه عقد على منافع الارض أو منافع العامل والمدة هى المعيار لها ليعلم بها والرابع بيان من عليه

(قوله والخارج فى الوجهين لصاحب البذر لانه نماء ملكه) قيل قوله لانه نماء ملكه منقوض بمن غصب بذرا فزرعه فان الزرع له وان كان نماء ملك صاحب البذر وأجيب بان الغاصب عامل لنفسه باختياره وتحصيله فكان اضافة الحادث الى عمله أولى والمزارع عامل بامر غيره فجعل العمل مضافا الى الآمر كذا فى العناية وغيرها أقول النقض غير وارد أصلا والجواب غير دافع لما ذكر أما الاول فلان الزرع فى الصور المذكورة ليس بنماء ملك صاحب البذر وانما هو نماء ملك الغاصب اذ قد مر فى فصل ما يتغير بعمل الغاصب من كتاب الغصب أنه اذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها وعظم منافعها زال ملك المغصوب منه عنها وملكها الغاصب وضمنها عندنا ومثل ذلك بأمثلة منها ما اذا غصب حنطة فزرعها فقد تبين منه أن البذر بالغصب والزرع يصير ملك الغاصب فيكون الزرع نماء ملكه قطعا وأما الثانى فلان محل النقض انما هو قوله لانه نماء ملكه وما ذكر فى الجواب لا يفيد الفرق بين الغاصب والمزارع من جهة مورد النقض وانما يفيد الفرق بينهما من جهة كون أحدهما عاملا لنفسه باختياره والآخر عاملا بامر غيره والكلام فى الاول دون الثانى فلا يتم التقريب (قوله الا أن الفتوى على قولهما لحاجة الناس اليها ولظهور تعامل الامة بها والقياس يترك بالتعامل كما فى الاستصناع) أقول لقائل أن يقول نعم ان القياس يترك بالتعامل ولكن النص لا يترك بذلك لان التعامل اجماع عملى والاجماع لا ينسخ به الكتاب ولا السنة على ما عرف فى علم الاصول فبقى تمسك أبى حنيفة رحمه الله بالسنة وهى ما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن المخابرة وهى المزارعة سالما عما يدفعه فما وجه الفتوى على قولهما ويمكن أن يقال لهما أن يدفعا ذلك بحمل النهى صلى الله عليه وسلم على ما اذا شرط فى عقد المزارعة شرط مفسد اذ قد روى أنهم كانوا يشترطون فيه شيئا معلوما

الايضاح (قوله والخارج فى الوجهين لصاحب البذر لانه نماء ملكه) أى فيما اذا كان البذر من قبل العامل أو من قبل رب الارض (قوله كما فصلنا) وهو قوله وهذا اذا كان البذر من قبل صاحب الارض وان كان البذر من قبله فعليه أجر مثل الارض (قوله الا أن الفتوى على قولهما لحاجة الناس اليها ولظهور تعامل الناس بها) والقياس يترك بالتعامل كما فى الاستصناع فان قيل التعامل على خلاف النص باطل قلنا النصوص الواردة فى المجتهدات صور النصوص والا لا يحل لاحد الخلاف فيها أو نحملها على ما اذا شرط شرطا مفسدا فقد روى انهم كانوا يشترطون فيها اشياء معلوما من الخارج لرب الارض ونحو ذلك مما هو مفسد عندهما (قوله والثالث بيان المدة) وفى الذخيرة ومن الشرائط بيان المدة بان يقول الى سنة أو سنتين أو ما أشبه ذلك وان بين وقتا لا يتمكن فيه من الزراعة فسدت المزارعة فصار ذكره ولا ذكره سواء وكذلك اذا بين مدة لا يعيش أحدهما الى مثلها غالبا لانه يصير فى معنى اشتراط العقد الى ما بعد الموت وعن محمد بن سلمة رحمه الله ان المزارعة من غير بيان المدة جائزة ويقع على سنة واحدة أى على زرع واحد وبه أخذ الفقيه أبو الليث رحمه الله (قوله لانه عقد على منافع الارض) أى اذا كان البذر من قبل العامل ومنافع العامل أى اذا كان البذر من قبل رب الارض والمدة هى

اذا كان البذر من قبل صاحب الارض الخ وقوله (الا أن الفتوى على قولهما) واضح وقوله (بيان المدة) يريد به مدة يمكن خروج الزرع فيها حتى لو بين مدة لا يتمكن فيها من المزارعة فسدت المزارعة وكذا اذا بين مدة لا يعيش أحدهما الى مثلها غالبا لانه يصير فى معنى اشتراط بقاء العقد الى ما بعد الموت وقوله (لانه) أى لان عقد المزارعة (عقد على منافع الارض) يعنى اذا كان البذر من قبل العامل (أو منافع العامل) يعنى اذا كان البذر من قبل رب الارض والمدة هى المعيار لها أى للمنافع بمنزلة الكيل أو الوزن وقوله (وهو) أى المعقود عليه (منافع الارض) ان كان البذر من قبل العامل (أو منافع العامل) ان كان البذر من قبل رب الارض ففى الاول العامل مستأجر للارض وفى الثانى رب الارض مستأجر للعامل فلا بد من بيان ذلك بالاعلام

(قوله منقوض بمن غصب بذرا فزرعه الخ) أقول ويجوز أن يجاب بمنع كون الزرع نماء صاحب البذر فان الغاصب يملكه بالزرع كما سبق فى الغصب (قال المصنف والقياس يترك بالتعامل الخ) أقول لكن النص لا يترك به ألا يرى الى ما سبق فى باب الربا أن النص أقوى من العرف والاقوى لا يترك بالادنى وسيجىء أيضا فى فصل الوطء والنظر من كتاب الكراهية لانه لا معتبر بالعادة مع النص (قال المصنف لانه عقد على منافع الارض) أقول ذكر الضمير الراجع الى المزارعة باعتبار الخبر أو لكونها فى معنى أن مع الفعل

البذر)

البذر) قطعا للمنازعة واعلاما للمعقود عليه وهو منافع الارض أو منافع العامل (والخامس بيان نصيب من لا بذر من قبله) لانه يستحقه عوضا بالشرط فلابد أن يكون معلوما ومالا يعلم لا يستحق شرطا بالعقد (والثالث ان يخلى رب الارض بينها وبين العامل حتى لو شرط عمل رب الارض يفسد العقد) لفوات التخلية (والسابع الشركة في الخارج بعد حصوله) لانه ينعقد شركة في الانتهاء فما يقطع هذه الشركة كان مفسدا للعقد (والثامن بيان جنس البذر) ليصير الاجر معلوما قال (وهي عندهما على أربعة أوجه

من الخارج لرب الارض ونحو ذلك مما هو مفسد عندهما وقد أشار اليه صاحب الكافي حيث قال فان قيل التعامل على خلاف النص باطل قلنا النصوص الواردة في المجتهدات صور النصوص والا لا يحل لاحد الخلاف فيها أو نحملها على ما اذا شرط شرطا مفسدا فقد روى أنهم كانوا يشترطون فيها أشياء معلوما من الخارج لرب الارض ونحو ذلك مما هو مفسد عندهما الى هنا كلامه (قوله والخامس بيان نصيب من لا بذر من قبله لانه يستحقه عوضا بالشرط فلابد أن يكون معلوما) أقول لا شك أن بيان نصيب كل من المتعاقدين مما لابد منه في عقد المزارعة فعد بيان نصيب من لا بذر من قبله من الشرائط دون بيان نصيب الآخر مما لا يجدي كبير طائل فتامل (قوله والسابع الشركة في الخارج بعد حصوله لانه ينعقد شركة في الانتهاء فما يقطع هذه الشركة كان مفسدا للعقد) قال كثير من الشراح لانه اذا شرط فيهما ما يقطع الشركة في الخارج تبقى اجارة محضة والقياس يأبى جواز الاجارة المحضة باجر معدوم انتهى أقول فيه شئ وهو أن القياس كما يأبى جواز قياس الاجارة المحضة باجر معدوم يأبى جوازها باجر موجود أيضا اذ قد تقرر في كتاب الاجارة أن القياس يأبى جواز الاجارة مطلقا لكون المعقود عليه الذي هو المنفعة غير موجود في الحال لكنا جوزناها استحسانا لحاجة الناس اليها فكيف يتم الاستدلال بمجرد أن يأبى القياس جوازها على فساد المزارعة على تقدير بقائها اجارة محضة فالاظهر أن يقال بدل قولهم والقياس يأبى جواز الاجارة المحضة باجر معدوم والاجارة المحضة باجر معدوم فاسدة قطعا ثم أقول لا يذهب على ذي فطرة سليمة أن مراد المصنف ههنا غير ما ذكره هؤلاء الشراح فانهم عللوا كون ما يقطع هذه الشركة مفسدا للعقد بانه اذا شرط فيهما ما يقطع الشركة في الخارج تبقى اجارة محضة والقياس يأبى جواز الاجارة المحضة باجر معدوم والمصنف فرع كون ما يقطع هذه الشركة مفسد العقد على ما قبله حيث قال فما يقطع هذه الشركة كان مفسدا للعقد فقد جعل علة ذلك ما قبله وهو مضمون قوله لانه ينعقد شركة في الانتهاء فمراده ان عقد المزارعة شركة في الانتهاء وان كان اجارة في الابتداء فكان معنى الشركة معتبرا في انعقاد المزارعة فما يقطع هذه الشركة ينفي المعنى المعتبر في انعقادها فيفسد عقد المزارعة لا محالة (قوله وهي عندهما على أربعة أوجه) واعلم أن مسائل المزارعة في الجواز والفساد مبنية على أصل وهو أن المزارعة تنعقد اجارة وتتم شركة وانعقادها اجارة انما هو على منفعة الارض أو على منفعة العامل دون منفعة غيرهما من منفعة البقر والبذر لانها استئجار ببعض الخارج وهو لا يجوز قياسا لكنا جوزناه في

المعيار لها أي المنافع ليعلم بها أي العقد بالمدة أو المنافع على تأويل النفع بالمدة (قوله واعلاما للمعقود عليه) فان البذر ان كان من قبل العامل فالمعقود عليه منفعة الارض وان كان من قبل رب الارض فالمعقود عليه منفعة العامل ولابد من بيان المعقود عليه لان جهالته تؤدي الى المنازعة بينهما (قوله والسابع الشركة في الخارج بعد حصوله) يعني ينبغي ان لا يشترط فيه مقدار معين لاحدهما اذ يجوز ان لا يخرج من الارض الا ذلك القدر فلم تبق شركة على ذلك التقدير ومن شرطها بقاء الشركة (قوله وهي عندهما على أربعة أوجه) المراد المزارعة المستعملة بين الناس لا المزارعة الصحيحة لانها على ثلاثة أوجه ولا الفاسدة لانها كذلك على ثلاثة أوجه ولا مطلق المزارعة لانها على ستة أوجه واعلم ان مسائل المزارعة في الجواز والفساد مبنية على أصل وهو ان المزارعة تنعقد اجارة وتتم شركة وانما تنعقد اجارة على منفعة الارض أو على منفعة العامل ولا يجوز على منفعة غيرهما من منفعة البقر والبذر لان الشرع لم يرد به فاخذنا فيه بالقياس لان الاستئجار

وقوله (فما يقطع هذه الشركة كان مفسدا للعقد لانه اذا شرط فيهما ما يقطع الشركة في الخارج يقع اجارة محضة والقياس يأبى جواز الاجارة المحضة باجر معدوم وقوله (بيان جنس البذر) وجه القياس ليصير الاجر معلوما اذ هو جزء من الخارج فلابد من بيانه ليعلم أن الخارج من أي نوع ولو لم يعلم عسى أن لا يرضى لانه ربما يعطى بذرا لا يحصل الخارج به الا بعمل كثير وفي الاستحسان بيان ما يزرع في الارض ليس بشرط فوض الرأي الى المزارع أو لم يفوض بعد أن ينص على المزارعة فانه مفوض اليه قال (وهي عندهما على أربعة أوجه) قيام المزارعة باربعة أشياء الارض والبذر والعمل

(قال المصنف وهي عندهما على أربعة أوجه) أقول أي المزارعة المستعملة بين الناس أربعة فلا يرد شئ على الحصر

والبقر لامحالة ثم اما أن يكون الجميع لاحدهما أولا لاسبيل الى الاول لان المزارعة شركة في الانتهاء واذا لم يكن من أحد الجانبين شئ لم تتصور الشركة فتعين الثاني وهو اما أن يكون بينهما بالتنصيف أو باثبات الاكثر والاول على وجهين على ماهو المذكور في المختصر أن تكون الارض والبذر لواحد والعمل والبقر لآخر وهو الوجه الاول في الكتاب وأن تكون الارض والبقر لواحد والبذر والعمل لآخر وهو الوجه الرابع فيه والثاني أيضا على وجهين أحدهما أن تكون الارض لواحد والباقي لآخر وهو الوجه الثاني والآخر أن يكون العمل لاحدهما والباقي لآخر وهو الوجه الثالث وهي جائزة الا الرابع ووجه كل واحد مذكور في الكتاب وسأوضحه والمذكور من بطلان الرابع هو ظاهر الرواية وعن أبي يوسف رحمه الله انه جائز أيضا واعلم أن مبنى جواز هذه المسائل وفسادها على أن المزارعة تنعقد اجارة وتتم شركة وانعقادها اجارة انما هو على منفعة الارض أو منفعة العامل دون غيرهما من منفعة البقر والبذر لانه استئجار ببعض الخارج والقياس يقتضي أن لايجوز في الارض والعامل أيضا لكنا جوزناه بالنص على خلاف القياس وانما ورد النص فيهما دون البذر والبقر أما في الارض فأثر عبدالله بن عمر رضي الله عنهما وتعامل الناس فانهم تعاملوا اشتراط البذر على المزارع وحينئذ كان مستأجرا للارض ببعض الخارج وأما في العامل ففعل رسول الله صلى الله عليه وسلم مع أهل خيبر والتعامل فانهم ربما كانوا يشترطون البذر على صاحب الارض فكان حينئذ

مستأجرا العامل بذلك فاقتصرنا على الجواز بالنص فيهما وبقي غيرهما على أصل القياس فكل ما كان من صور الجواز فهو من قبيل استئجار الارض أو العامل ببعض الخارج أو كان المشروط على أحدهما شيئين متجانسين ولكن المنظور فيه هو استئجار الارض أو العامل بذلك لكونه مورد الاثر وكل ما كان من صور العدم فهو من قبيل استئجار الآخرين أو كان المشروط على أحدهما شيئين غير متجانسين ولكن المنظور اليه ذلك والضابط في معرفة التجانس مافهم من كلامه وهو أن ماصدر فعله عن القوة الحيوانية فهو جنس وماصدر عن غيرها فهو جنس آخر فاذا عرف هذا فلا علينا في تطبيق الوجوه على الاصل المذكور فأما الوجه الاول فهو مما كان المشروط على أحدهما شيئين متجانسين فان الارض والبذر من جنس والعمل والبقر من جنس والمنظور اليه الاستئجار بجعل كان العامل استأجر الارض أو رب الارض استأجر العامل والوجه الثاني والثالث مما فيه استئجار الارض والعامل وأما الوجه الرابع فعلى ظاهر الرواية فباطل لان المشروط شيآن غير متجانسين فلا يمكن أن يكون أحدهما تابعا للآخر بخلاف المتجانسين فان الاشرف أو الاصل يجوز أن يستتبع الاخس والفرع ووجه غير ظاهر الرواية ماقال في الكتاب لو شرط البذر والبقر عليه أي على رب الارض جاز فكذا اذا شرط البقر وحده وصار كجانب العامل اذا شرط البقر عليه

ان كانت الارض والبذر لواحد والبقر والعمل لواحد جازت المزارعة) لان البقر آلة العمل فصار كما اذا استأجر خياطا ليخيط بابرة الخياط (وان كانت الارض لواحد والعمل والبقر والبذر لواحد جازت) لانه

الارض والعامل لورود الشرع به فيهما أما في الارض فأثر عبدالله بن عمر رضي الله عنه وتعامل الناس وأما في العامل فعمل رسول الله صلى الله عليه وسلم مع أهل خيبر والتعامل لم يرد الشرع به في البذر والبقر فأخذنا فيهما بالقياس فكل ما كان من صور الجواز فهو من قبيل استئجار الارض أو العامل ببعض الخارج أو كان المشروط على أحدهما شيئين متجانسين ولكن المنظور فيه هو استئجار الارض أو العامل ببعض الخارج لكونه مورد الاثر وكل ما كان من صور عدم الجواز فهو من قبيل استئجار الآخرين أو كان المشروط على أحدهما شيئين غير متجانسين فلم يكن أحدهما تبعا للآخر ولكن المنظور فيه هو استئجار غير الارض والعامل ببعض الخارج لعدم ورود الشرع في غيرهما وهذا هو الاصل الذي تدور عليه مسائل المزارعة كذا في الشروح وأشار اليه في الذخيرة وجامع فخر الاسلام ثم ان صاحب العناية بعدما ذكر الاصل المزبور قال فاذا عرف هذا فلا علينا في تطبيق الوجوه على الاصل المذكور فأما الوجه الاول فهو مما كان المشروط على أحدهما شيئين متجانسين فان الارض والبذر من جنس والعمل والبقر من جنس والمنظور اليه الاستئجار بجعل كان العامل استأجر الارض أو رب الارض استأجر العامل والوجه الثاني والثالث مما فيه استئجار الارض والعامل وأما الوجه الرابع على ظاهر الرواية فباطل لان المشروط شيآن غير متجانسين فلا

ببعض الخارج لايجوز قياسا وأما في استئجار الارض أو استئجار العامل فقد ورد الشرع به فنقول به ولما كان كذلك كان ماوجد من صور عدم الجواز هو من قبل استئجار غير الارض والعامل ببعض الخارج أو كان الشرط على أحدهما شيئين غير متجانسين فلم يكن أحدهما تبعا للآخر ولكن المنظور فيه استئجار غير الارض وغير العامل ببعض الخارج وماوجد من صور الجواز متجانسين ولكن المنظور فيه هو استئجار الارض

(قوله لان المزارعة شركة الخ) أقول ولا يمكن أن تنعقد اجارة أيضا كما لايخفى (قوله وهي جائزة الا الرابع) أقول أي الوجوه المذكورة جائزة الا الرابع (قوله والمذكور من بطلان الرابع) أقول لفظة من بيانية (قوله لانه استئجار ببعض الخارج والقياس يقتضي أن لايجوز) أقول يعني أن لايجوز الاستئجار ببعض الخارج (قوله ولكن المنظور اليه ذلك) أقول كما سيتضح وبقوله ذلك اشارة الى استئجار الاخرين (قوله والمنظور اليه الاستئجار بجعل كان العامل استأجر الارض) أقول فيه بحث أما أولا فلانه مخالف للمشروح وأما ثانيا فلانه مخالف لما صرح به نفسه

والجواب أن البذر اذا اجتمع مع الارض استتبعته للتجانس وضعف جهة البقر معهما فكان استئجار العامل وأما اذا اجتمع الارض والبقر فلم تستتبعه وكذا في الجانب الآخر فكان في كل من الجانبين معارضة بين استئجار الارض وغير الارض والعامل وغيره فكان باطلا ولقائل أن يقول استئجار الارض والعامل منصوص عليه دون الآخرين فكان أرجح ويلزم الجواز ويمكن أن يجاب عنه بان النص في المزارعة لما ورد على خلاف القياس على ما مر ضعف العمل به مع وجود المعارض وقوله كل ذلك بخلق الله تعالى لا مدخل له في الدليل وانما ذكره لانه لما أضاف منفعة الارض الى قوة في طبعها توهم أن ينسب الى القول بالطبيعة فدفع ذلك وههنا وجهان آخران لم يذكرهما القدوري رحمه الله وهما فاسدان وقد ذكر المصنف رحمه الله وجه ذلك وبقي عليه اشكال وهو أن صاحب الارض لم يسلم الارض الى صاحب البذر فيستوجب عليه أجر مثل أرضه وأجيب بان منفعة العامل ومنفعة الارض صارتا مسلمتين الى صاحب البذر لسلامة الخارج له حكما وكذلك ان لم تخرج الارض شيا لان عمل العامل بامره في القاء بذره كعمله بنفسه فيستوجب عليه أجر مثله في الوجهين وثمة وجه آخر لم يذكراه أي القدوري وصاحب الهداية جميعا وهو أن يشترك أربعة على أن يكون البذر من واحد والعمل من آخر والارض من آخر والبقر من آخر قال محمد رحمه الله في كتاب الآثار أخبرنا عبد الرحمن الاوزاعي عن واصل ابن أبي جميل عن مجاهد أنه وقع في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فالغى رسول الله صلى الله عليه وسلم صاحب الارض وجعل لصاحب الفدان أجرا مسمى وجعل لصاحب العمل درهما لكل يوم وألحق الزرع كله لصاحب البذر فهذه مزارعة فاسدة لما فيها من اشتراط الفدان على أحدهما مقصودا به وفيها الخارج لصاحب البذر لانه نماء بذره ومعنى قوله ألغى صاحب الارض لم يجعل له شيا من الخارج لا أنه لا يستوجب أجر مثل الارض وأعطى لصاحب العمل كل يوم درهما لان ذلك كان أجر مثل عمله ولم يذكر أجر الفدان لكونه معلوما من أجر العامل

استئجار الارض ببعض معلوم من الخارج فيجوز كما اذا استاجرها بدراهم معلومة (وان كانت الارض والبذر والبقر لواحد والعمل من آخر جازت) لانه استاجره للعمل بآلة المستاجر فصار كما اذا استاجر خياطا ليخيط ثوبه بابرته أو طيانا ليطين بمره (وان كانت الارض والبقر لواحد والبذر والعمل لآخر فهي باطلة) وهذا الذي ذكره ظاهر الرواية

والعامل ببعض الخارج وفيه ورد الاثر وهو الاصل الذي يدور عليه مسائل المزارعة (قوله كما اذا استاجر خياطا ليخيط بابرته) أي بابرة الخياط كان الاجر كله بازاء الخياطة دون الابرة فكذا هنا يكون الخارج بازاء العمل دون

يمكن أن يكون أحدهما تابعا للآخر بخلاف المتجانسين فان الاشرف أو الاصل يجوز أن يستتبع الاخس والفرع الى هنا كلامه أقول فيه خلل لانه جوز في الوجه الاول ان يجعل العامل مستأجر الارض وأن يجعل رب الارض مستأجر العامل ولا مجال فيه للاول بل لا بد أن يكون المستأجر فيه هو رب الارض لان البذر كان من قبله في هذا الوجه وقد تقرر فيما مر في الشرط الرابع من شروط صحة المزارعة عندهما أن البذر اذا كان من قبل رب الارض كان المعقود عليه منافع العامل فكان المستأجر هو رب الارض وانما يصح أن يكون العامل مستأجرا فيما اذا كان البذر من قبله اذ يكون المعقود عليه حينئذ منافع الارض وعن هذا قال المصنف في تعليل جواز المزارعة في الوجه الاول لان البقر آلة العمل فصار كما اذا استأجر خياطا ليخيط بابرة الخياط فانه بمنزلة التصريح بان المستأجر في هذا الوجه هو رب الارض والعامل هو الاجير كالخياط (قوله وان كانت الارض لواحد والعمل والبقر والبذر لواحد جازت لانه استئجار الارض ببعض معلوم من الخارج فيجوز كما اذا استأجرها بدراهم معلومة) أقول فيه نظر اذ لا نسلم أنه استئجار الارض ببعض معلوم كما اذا استأجرها بدراهم معلومة فان استئجار الارض ببعض من الخارج استئجار ببعض مجهول أو معدوم وكل ذلك مفسد كما مر في دليل أبي حنيفة على عدم جواز المزارعة كيف ولو كان ذلك استئجارا ببعض معلوم لكانت المزارعة جائزة على مقتضى القياس أيضا وقد صرحوا بان القياس يقتضي أن لا تجوز المزارعة مطلقا لكونها استئجارا

مرارا أن المستاجر هو صاحب البذر (قال المصنف لانه يتم شركة بين البذر والعمل) أقول لم يقل يتم شركة بين البذر والارض وبين البذر والبقر لان الشركة غير معتادة بين البذر من جانب والبقر من جانب والبذر من جانب والارض من جانب والعمل من جانب والبقر من جانب والبذر من جانب والارض من جانب أما البذر من جانب والعمل من جانب وزرع في أرض مباحة فهو معهود ولاجل هذا خص البذر من جانب والعمل من جانب ومع كونه معهودا لا يجوز لعدم ورود الشرع بهذا ولعل الاولى أن يقال انما لم يقل كذلك لان المزارعة عقد شركة بين المال والعمل عندهما كالمضاربة فليتامل (قوله ويمكن أن يجاب عنه بان النص في المزارعة لما ورد على خلاف القياس على ما مر ضعف العمل به مع وجود المعارض) أقول وفيه بحث فان أمور المسلمين تحمل على الصلاح ما أمكن (قوله وبقي عليه اشكال) أقول يعني على الرواية الاولى (قوله وهو أن صاحب الارض لم يسلم الارض الى صاحب البذر ويستوجب عليه اجر حقه الخ) أقول لا بد من التامل انه لم لا يحكم باجر مثل العامل مع أنه قال يتم شركة بين البذر والعمل (قوله ويجعل لصاحب الفدان أجرا) أقول الفدان البقر الذي يحرث بها على وزن الفعال بالتشديد

وعن أبي يوسف أنه يجوز أيضا لانه لو شرط البذر والبقر عليه يجوز فكذا اذا شرط وحده وصار كجانب العامل وجه الظاهر أن منفعة البقر ليست من جنس منفعة الارض لان منفعة الارض قوة في طبعها يحصل بها النماء ومنفعة البقر صلاحية يقام بها العمل كل ذلك بخلق الله تعالى فلم يتجانسا فتعذر أن تجعل تابعة لها بخلاف جانب العامل لانه تجانست المنفعتان فجعلت تابعة لمنفعة العامل وههنا وجهان آخران لم يذكرهما أحدهما أن يكون البذر لاحدهما والارض والبقر والعمل لآخر فانه لا يجوز لانه يتم شركة بين البذر والعمل ولم يرد به الشرع والثاني أن يجمع بين البذر والبقر وانه لا يجوز أيضا لانه لا يجوز عند الانفراد فكذا عند الاجتماع والخارج في الوجهين لصاحب البذر في رواية اعتبارا بسائر المزارعات الفاسدة وفي رواية لصاحب الارض ويصير مستقرضا للبذر قابضا له لاتصاله بارضه

بعض الخارج وهو لا يجوز لكنا جوزناها فيما اذا كانت استئجار منفعة لارض أو العامل استحسانا بالنص والتعامل ولم نجوزها فيما سوى ذلك عملا بالقياس لعدم ورود الشرع به فيه فالحق في تعليل جواز هذا الوجه أن يقال لانه استئجار الارض ببعض الخارج وهو جائز بالنص وتعامل الامة (قوله وعن أبي يوسف أنه يجوز أيضا لانه لو شرط البذر والبقر عليه يجوز فكذا اذا شرط وحده وصار كجانب العامل) قال في العناية ووجه غير ظاهر الرواية ما قال في الكتاب لو شرط البذر والبقر عليه أي على رب الارض جاز فكذا اذا شرط البقر وحده وصار كجانب العامل اذا شرط البقر عليه والجواب أن البذر اذا اجتمع مع الارض استتبعته للتجانس وضعف جهة البقر معهما فكان استئجار العامل واما اذا اجتمع الارض والبقر فلم تستتبعه وكذا في الجانب الآخر فكان في كل من الجانبين معارضة بين استئجار الارض وغير الارض والعامل وغيره فكان باطلا اه أقول في هذا الجواب بحث أما أولا فلان البذر اذا اجتمع مع الارض تعين أن يكون رب الارض مستأجرا والعامل أجيرا فلا يبقى لحديث استتباع الارض البذر محل لان المصير اليه للاحتراز عن لزوم استئجار البذر أصالة واذا تعين أن تكون هذه الصورة من قبيل استئجار العامل دون الجانب الآخر لم يبق احتمال لزوم استئجار البذر سواء استتبعته الارض أم لا فلم يكن للاستتباع تأثير في هذه الصورة قط وأما ثانيا فلان قوله فكان في كل من الجانبين معارضة بين استئجار الارض وغير الارض والعامل وغيره يشعر بجواز اعتبار استئجار كل من جانبي رب الارض والعامل في الصورة المذكورة وقد مر مرارا أن البذر يعين الجانب الذي وجد فيه لان يكون مستأجرا للآخر فالوجه في الجواب أن يقال اذا شرط البذر والبقر على رب الارض كان استئجارا العامل لا لغيره أصلا فكان صحيحا قطعا وأما اذا لم يشرط البذر عليه بل شرط عليه البقر وحده كان استئجارا للارض وغيرها الذي هو البقر وليس الثاني تابعا للاول لعدم التجانس كما بين في وجه ظاهر الرواية فكان باطلا لعدم ورود الشرع لاستئجار البقر أصالة ببعض من الخارج فتدبر (قوله وههنا وجهان آخران لم يذكرهما الخ) قال صاحب العناية وثمة وجه آخر لم يذكراه جميعا وهو أن يشترك أربعة على أن

البقر فلم يصر مستأجرا البقر ببعض الخارج فيصح (قوله لانه لو شرط البذر والبقر عليه) أي على رب الارض يجوز فكذا اذا شرط وحده أي اذا شرط البقر وحده (قوله كل ذلك بخلق الله تعالى) هذا الكلام في هذا المقام مستغنى عنه لكن فيه تنبيه على أنه من أهل السنة والجماعة حيث جعل منفعة البقر التي يقام بها العمل مخلوقة لله تعالى خلافا للمعتزلة وفيه أيضا اشارة الى ان عدم المجانسة ليس باعتبار ان أحدهما بخلق الله تعالى والآخر ليس كذلك على ما قاله البعض بل كل واحد منهما بخلق الله تعالى وعدم المجانسة لمعنى آخر (قوله بخلاف جانب العامل) لانه تجانست المنفعتان لان البقر آلة العمل فجعلت تابعة لمنفعة العامل (قوله ههنا وجهان آخران) أي فاسدان (قوله لانه لا يجوز عند الانفراد) أي انفراد البذر والبقر بان كان من أحدهما البقر لا غير أو البذر لا غير (قوله والخارج في الوجهين لصاحب البذر) والوجهان ما ذكرهما فاحدهما ان يكون البذر لاحدهما والباقي للآخر والثاني ان يكون البذر والبقر لاحدهما والباقي للآخر

قال (ولا تصح المزارعة الا على مدة معلومة) لما بينا (وأن يكون الخارج شائعا بينهما) تحقيقا لمعنى الشركة (فان شرطا لاحدهما قفزانا مسماة فهى باطلة) لان به تنقطع الشركة لان الارض عساها لا تخرج الا هذا القدر فصار كاشتراط دراهم معدودة لاحدهما فى المضاربة وكذا اذا شرطا أن يرفع صاحب البذر بذره ويكون الباقى بينهما نصفين لانه يؤدى الى قطع الشركة فى بعض معين أو فى جميعه بان لم يخرج الا قدر البذر فصار كما اذا شرطا رفع الخراج والارض خراجية وان يكون الباقى بينهما لانه معين بخلاف ما اذا شرط صاحب البذر عشر الخارج لنفسه أو للآخر والباقى بينهما لانه معين مشاع فلا يؤدى الى قطع الشركة كما اذا شرطا رفع العشر وقسمة الباقى بينهما والارض عشرية قال (وكذا اذا شرطا ما على الماذيانات والسواقى) معناه لاحدهما لانه اذا شرط لاحدهما زرع موضع معين أفضى ذلك الى قطع الشركة لانه لعله لا يخرج الا من ذلك الموضع وعلى هذا اذا شرط لاحدهما ما يخرج من ناحية معينة ولآخر ما يخرج من ناحية أخرى

يكون البذر من واحد والعمل من آخر والبقر من آخر والارض من آخر أقول الظاهر أن الكلام فى العقد الجارى بين الاثنين والائمة وجوه أخر لم يذكراها ولا أحد غيرهما وهى أن يشترك ثلاثة على أن يكون البذر من واحد والعمل من آخر والباقيان من آخر أو على أن يكون العمل من واحد والبقر من آخر والباقيان من آخر أو على أن يكون البقر من واحد والارض من آخر والباقيان من آخر الى غير ذلك من الصور الممكنة بين الثلاثة فكان التعرض ههنا للوجه الذى ذكره صاحب العناية خروجا عن الصدد وعن هذا ترى عامة الشراح لم يتعرضوه أصلا والاولى ههنا أن يقال وثمة وجه آخر لم يذكراه جميعا وهو أن يكون البقر لاحدهما والبواقى الثلاثة للآخر كما أشار اليه صاحب النهاية عند بيان وجه ضبط الاوجه فى صدر المسئلة وبيان انحصارها عقلا فى سبعة وقال ان حكمه كحكم أن يكون البذر لاحدهما والباقى للآخر وهو الفساد وقال صاحب العناية متصلا بكلامه السابق قال محمد فى كتاب الآثار أخبرنا عبد الرحمن الاوزاعى عن واصل بن أبى جميل عن مجاهد أنه وقع فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فألغى رسول الله صلى الله عليه وسلم صاحب الارض وجعل لصاحب الفدان أجرا مسمى وجعل لصاحب العمل درهما لكل يوم والحق الزرع كله لصاحب البذر ثم قال ومعنى قوله ألغى صاحب الارض لم يجعل له شيأ من الخارج لانه لا يستوجب أجر مثل الارض وأعطى لصاحب العمل كل يوم درهما لان ذلك كان أجر مثل عمله ولم يذكر أجر الفدان لكونه معلوما من أجر العامل انتهى كلامه أقول توجيه المروى عن النبى عليه الصلاة والسلام بما ذكره محل كلام أما أولا فلان كون معنى قوله ألغى صاحب الارض لم يجعل له شيأ من الخارج مما يأباه مقابلة قوله وجعل لصاحب الفدان أجرا مسمى وجعل لصاحب العمل درهما لكل يوم اذ لم يجعل لصاحب الفدان ولصاحب العمل أيضا شيأ من الخارج بل جعل لكل واحد منهما أجرا كما صرح به الراوى فكيف يحسن مقابلتهما بالغاء صاحب الارض بالمعنى الذى ذكره اللهم الا أن يقال ذلك المعنى وان كان مما لا يساعده ظاهر

وذكر فى المبسوط بعد ما ذكر هذا فقال بقى اشكال وهو انه أوجب لصاحب الارض أجر مثل أرضه ولم يسلم صاحب الارض ههنا الارض الى صاحب البذر فكيف يستوجب عليه أجر مثله ولكنا نقول صارت منفعة أى منفعة العامل ومنفعة الارض كلها مسلمة الى صاحب البذر بسلامة الخارج له حكما وكذلك ان لم تخرج الارض شيأ لان عمل العامل بامره فى القاء بذره كعمله بنفسه فيستوجب أجر المثل عليه فى الوجهين (قوله الا على مدة معلومة لما بيناه) أراد به قوله فى بيان شروط المزارعة والثالث بيان المدة لانه عقد على منافع الارض الخ (قوله وصار كما اذا شرطا رفع الخراج) هذا اذا كان الخراج موظفا أما اذا كان خراج مقاسمة فهو جائز (قوله ما على الماذيانات والسواقى) الماذيانات جمع الماذيان وهو أصغر من النهر وأعظم من الجدول فارسى معرب وقيل ما يجتمع فيه ماء السيل ثم يسقى منه الارض والسواقى جمع ساقية وهى فوق

قال (ولا تصح المزارعة الا على مدة معلومة الخ) معلومية مدة المزارعة شرط جوازها لما بينا يعنى قوله فى بيان شروطها والثالث بيان المدة لانه عقد على منافع الارض الخ والاصل فى هذا أن كل ما كان وجوده شرطا للجواز فعدمه مانع عنه لان الشرط لازم وانتفاؤه يستلزم انتفاء الملزوم وكذا شيوع الخارج تحقيقا لمعنى الشركة شرط الجواز فاذا انتفى فسدت وقوله (وصار كما اذا شرطا رفع الخراج) والارض خراجية والخراج خراج وظيفة بان يكون دراهم مسماة بحسب الخارج وقفزانا معلومة وأما اذا كان خراج مقاسمة وهو جزء من الخارج مشاعا نحو الثلث أو الربع فانه لا تفسد المزارعة بهذا الشرط والماذيانات جمع الماذيان وهو أصغر من النهر وأعظم من الجدول وقيل ما يجتمع فيه ماء السيل ثم تسقى منه الارض والسواقى جمع الساقية وهو فوق الجدول ودون النهر كذا فى المغرب

(وكذا اذا شرطا لاحدهما التبن وللآخر الحب) لانه عسى أن يصيبه آفة فلا ينعقد الحب ولا يخرج الا التبن (وكذا اذا شرطا التبن نصفين والحب لاحدهما بعينه) لانه يؤدى الى قطع الشركة فيما هو المقصود وهو الحب (ولو شرطا الحب نصفين ولم يتعرضا للتبن صحت) لاشتراطهما الشركة فيما هو المقصود (ثم التبن يكون لصاحب البذر) لانه نماء بذره وفي حقه لا يحتاج الى الشرط والمفسد هو الشرط وهذا سكوت عنه وقال مشايخ بلخ رحمهم الله التبن بينهما أيضا اعتبارا للعرف فيما لم ينص عليه المتعاقدان ولانه تبع للحب والتبع يقوم بشرط الاصل (ولو شرطا الحب نصفين والتبن لصاحب البذر صحت) لانه حكم العقد (وان شرطا التبن للآخر فسدت) لانه شرط يؤدى الى قطع الشركة بان لا يخرج الا التبن واستحقاق غير صاحب البذر بالشرط قال (واذا صحت المزارعة فالخارج على الشرط) لصحة الالتزام (وان لم تخرج الارض شيأ فلا شئ للعامل) لانه

اللفظ لكن الضرورة دعت اليه وصارت قرينة عليه اذ لا محالة انه لم يتحقق هناك ما يقتضى كون صاحب الارض متبرعا فلا جرم انه استوجب أجر مثل أرضه وأما ثانيا فلان قوله ولم يذكر أجر الفدان لكونه معلوما من أجر العامل منظور فيه اذ لا يخفى أنه لا يلزم التوافق بين أجر الفدان وأجر العامل بل لا يجوز أن يكون أجر أحدهما نصف أجر الآخر أو ثلثه أو ربعه أو غير ذلك فكيف يعلم أجر أحدهما من الآخر سيما اذا كان المعين مؤخرا عن المبهم في الذكر اللهم الا أن يقال كان العرف جاريا في ذلك الزمان على اعتبار تساويهما في الاجر فبناء على ذلك يجوز أن يعلم أجر أحدهما من أجر الآخر لكن الاظهر عندى أن يكون عدم ذكر أجر الفدان على التعيين بناء على عدم جزم الراوى بعين الاجر الذى جعله رسول الله صلى الله عليه وسلم لصاحب الفدان فقال وجعل لصاحب الفدان أجرا مسمى يعنى جعل له رسول الله صلى الله عليه وسلم أجرا مسمى ولكن لا أجزم بخصوصه كما أجزم بخصوص ما جعله لصاحب العمل (قوله وكذا اذا شرط لاحدهما التبن وللآخر الحب لانه عسى تصيبه آفة فلا ينعقد الحب ولا يخرج الا التبن) أقول في هذا التعليل قصور اذ على تقدير انعقاد الحب أيضا يفسد الشرط المذكور عقد المزارعة لكونه مؤديا الى قطع الشركة فيما هو المقصود وهو الحب والشركة فيما هو المقصود من لوازم صحة عقد المزارعة كما هو الاصل المقرر المبنى عليه المسائل الآتية كما ترى فالاولى في تعليل هذه المسئلة أن يقال لانه يؤدى الى قطع الشركة فيما هو المقصود وهو الحب كما قاله في تعليل المسئلة الآتية المتصلة بها وكان صاحب الكافي تنبه لما قلنا حيث ترك التعليل الذى ذكره صاحب الهداية هنا وجمع المسئلتين في تعليل واحد فقال وكذا لو شرط لاحدهما التبن وللآخر الحب أو شرط التبن نصفين والحب لاحدهما بعينه لانه يقطع الشركة في الحب وهو المقصود انتهى (قوله واذا صحت المزارعة فالخارج على الشرط لصحة الالتزام وان لم تخرج الارض شيأ فلا شئ للعامل) أقول عبارة

الجدول ودون النهر (قوله والمفسد هو الشرط) أى المفسد هو الشرط الفاسد وهو الشرط الذى لا يلائم العقد وهو ان يشترط التبن لغير صاحب البذر وهنا سكتا عن ذكر الشرط الفاسد والسكوت عن ذكر الشرط الفاسد لا يكون مفسدا اعتبارا للعرف فيما لم ينص عليه المتعاقدان والعرف عندهم ان الحب والتبن يكون بينهما نصفين وتحكيم العرف عند الاشتباه واجب والجواب عما قاله مشايخ بلخ ان الاصل فيها عدم الجواز لانها تثبت مع المنافى فبقدر ما وجد المجوز يعمل به وما لم يوجد فلا (قوله والتبع يقوم بشرط الاصل) أى يثبت بشرط الاصل وقد وجد شرائط صحة الشركة في الاصل وهو الحب لانهما اشترطا فيه الشركة فتثبت الشركة في التبن أيضا تبعا للحب كالامام اذا دخل المصر ونوى الاقامة يصير الجندى مقيما وان لم يكن في موضع الاقامة وكذا المولى مع العبد (قوله وان شرطا التبن للآخر) أى لغير صاحب البذر فسدت لانه شرط

وقوله (اعتبار العرف فيما لم ينص عليه المتعاقدان) فان العرف عندهم أن الحب والتبن يكون بينهما نصفين وتحكيم العرف عند الاشتباه واجب وقوله (والتبع يقوم بشرط الاصل) يعنى لما كان الاصل وهو الحب مشتركا بينهما باشتراطهما فيه نصا كان التبع وهو التبن مشتركا بينهما أيضا تبعا للاصل وان لم يذكرا فيه الشركة فكان معناه والتبع يتصف بصفة الاصل وقوله (لانه حكم العقد) يعنى أنهما لو سكتا عن ذكر التبن كان التبن لصاحب البذر لانه موجب العقد فاذا نصا عليه كانا مصرحين بما هو موجب العقد فلا يتغير به وصف العقد فكان وجود الشرط وعدمه سواء وأما اذا شرطا التبن لغير صاحب البذر فان استحقاقه له يكون بالشرط لانه ليس حكم العقد وذلك شرط يؤدى الى قطع الشركة بان لا يخرج الا التبن وكل شرط شأنه ذلك مفسد للعقد فكانت المزارعة فاسدة قال (واذا صحت المزارعة فالخارج على الشرط) المزارعة اما أن تكون صحيحة أو فاسدة فان كانت صحيحة فاما ان أخرجت الارض شيأ أو لم تخرج فان أخرجت فالخارج على ما شرطا لصحة الالتزام فان العقد اذا كان صحيحا يجب فيه المسمى وهذا عقد صحيح فيجب فيه المسمى وان لم تخرج فلا شئ للعامل لانه يستحقه شركة يعنى في الانتهاء ولا شركة في غير الخارج فان قيل كانت المزارعة اجارة ابتداء فلابد من الاجرة أجاب بقوله وان كانت المزارعة

يستحقه

(قال المصنف وكذا اذا شرطا لاحدهما التبن) أقول ان كان المراد من أحدهما الاحد المعين وهو غير صاحب البذر فسلم ولكن ظاهر التقرير يأباه وان كان مابعم له ولصاحب البذر ففساده ممنوع مطلقا فان التبن نماء البذر فالشرط حينئذ حكم العقد على ما سيجيء فلا يدل التعليل الذى

اجارة فالاجر مسمى وقد فات فلا يستحق غيره واستشكل بمن استأجر رجلا بعين فعمل الاجير وهلكت العين قبل التسليم فانه على المستأجر أجر المثل كملا فليكن هذا مثله لان المزارعة قد صحت والاجر مسمى وهلك الاجر قبل التسليم وأجيب بان الاجر ههنا هلك بعد التسليم لان المزارع قبض البذر الذى يتفرع منه الخارج وقبض الاصل قبض لفرعه والاجرة العين اذا هلكت بعد التسليم الى الاجير لا يجب للاجير شئ آخر فكذا ههنا وان كانت فاسدة فلا فرق بين أن تخرج الارض وأن لا تخرج فى وجوب أجر المثل للعامل لانه فى الذمة والذمة لا تفوت بعدم الخارج فان أخرجت شيأ فالخارج لصاحب البذر لانه نماء ملكه واستحقاق الاجر منه بالتسمية وقد فسدت وان كان البذر من قبل رب الارض فللعامل أجر مثله لا يزاد على قدر المشروط له لانه رضى بسقوط الزيادة وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله له أجر مثله بالغا ما بلغ لانه استوفى منافعه بعقد فاسد فيجب عليه قيمتها اذ لا مثل لها قال المصنف رحمه الله (وقد مر فى الاجارات) قال صاحب النهاية رحمه الله وفى هذا الذى ذكره من الحوالة نوع تغيير لانه ذكر فى باب الاجارة الفاسدة من كتاب الاجارات فى مسئلة ما اذا استأجر حمارا ليحمل عليه طعاما بقفيز منه فالاجارة فاسدة ثم قال ولا يجاوز بالاجر قفيزا لانه لما فسدت الاجارة فالواجب الاقل مما سمى ومن أجر المثل وهذا بخلاف ما اذا اشتركا فى الاحتطاب حيث يجب الاجر بالغا ما بلغ عند محمد رحمه الله لان المسمى هناك غير معلوم فلم يصح الحط فبمجموع هذا الذى ذكره فى الاجارة يعلم أن عند محمد لا يبلغ أجر المثل بالغا ما بلغ فى الاجارة الفاسدة كما هو قولهما الا فى الشركة فى الاحتطاب ثم ذكر ههنا وقال محمد له أجر مثله بالغا ما بلغ الى أن قال وقد مر فى الاجارات وذلك يدل على أن مذهبه فى جميع الاجارات الفاسدة يبلغ الاجر بالغا ما بلغ

يستحقه شركة ولا شركة فى غير الخارج وان كانت اجارة فالاجر مسمى فلا يستحق غيره بخلاف ما اذا فسدت لان أجر المثل فى الذمة ولا تفوت الذمة بعدم الخارج قال (واذا فسدت فالخارج لصاحب البذر) لانه نماء ملكه واستحقاق الاجر بالتسمية وقد فسدت فبقى النماء كله لصاحب البذر قال (ولو كان البذر من قبل رب الارض فللعامل أجر مثله لا يزاد على مقدار ما شرط له من الخارج) لانه رضى بسقوط الزيادة وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله (وقال محمد له أجر مثله بالغا ما بلغ لانه استوفى منافعه بعقد فاسد فتجب عليه قيمتها اذ لا مثل لها وقد مر فى الاجارات (وان كان البذر من قبل العامل فلصاحب الارض أجر مثل أرضه) لانه استوفى منافع الارض بعقد فاسد فيجب ردها وقد تعذر ولا مثل لها فيجب رد قيمتها وهل يزاد على ما شرط له من الخارج فهو على الخلاف الذى ذكرناه (ولو جمع بين الارض والبقر حتى فسدت المزارعة

الكتاب ههنا قاصرة عن افادة تمام المراد لان المزارعة الصحيحة كما تكون استئجارا للعامل وذلك فيما اذا كان البذر من جانب رب الارض كذلك تكون استئجارا للارض وذلك فيما اذا كان البذر من جانب العامل وقوله وان لم تخرج الارض شيأ فلا شئ للعامل يفيد حكم الصورة الاولى دون الصورة الثانية بل يدل على كون الحكم فى الثانية على خلاف الحكم فى الاولى بمقتضى قولهم ان تخصيص الشئ بالذكر فى الروايات يدل على نفى الحكم عما عداه فكان الظاهر أن يقال وان لم تخرج الارض شيأ فلا شئ لاحد من المتعاقدين لا يقال علل المصنف قوله وان لم تخرج الارض شيأ فلا شئ للعامل بقوله لانه يستحقه شركة ولا شركة فى غير الخارج وان كانت اجارة فالاجر مسمى فلا يستحق غيره ولما جرى هذا التعليل فى صورة استئجار الارض أيضا فهم منه حكم هذه الصورة أيضا فاكتفى بذكره لانا نقول عبارة المسئلة عبارة مختصر القدورى والمؤاخذة بقصورها فى افادة تمام المراد انما ترد على القدورى فالتعليل الذى ذكره المصنف بعده مدة طويلة

يؤدى الى قطع الشركة فربما يصيبه آفة فلا ينعقد الحب فلا يخرج الا التبن (قوله وان كانت اجارة فالاجر مسمى فلا يستحق غيره) فان قيل يشكل على هذا ما اذا استأجر رجلا باجرة هى عين فعمل الاجير وهلكت الاجرة قبل التسليم على هذا يجب على المستأجر أجر المثل فينبغى أن يكون ههنا كذلك لان المزارعة قد صحت والاجر مسمى وهلك الاجر قبل التسليم وانما قلنا ان الاجر المسمى ههنا بمنزلة الاجرة التى هى عين لانه لو أراد ان يعطيه الخارج من أرض أخرى لا يجوز وان كان ذلك مثل نصيبه فيما زرع قلنا انما يجب أجر المثل فيما اذا كانت الاجرة عينا هلك قبل التسليم اما اذا هلك بعد التسليم الى الآخر لا يجب وههنا هلك بعده لان المزارع قبض البذر الذى يتفرع منه الخارج وقبض الاصل قبض الفرع فيصير كالقابض للاجر من هذا الوجه وليس كذلك وأجيب بان هذه الاجارة من قبيل الشركة فى الاحتطاب لان الاجر غير

ذكره على فساده وان كان المفسد قطع الشركة فيما هو المقصود فلا دخل فيه لعدم انعقاد الحب اذ لو انعقد تفسد أيضا كما لا يخفى (قوله وأجيب بان الاجر ههنا الخ) أقول وهذا الجواب لا يتمشى اذا ورد الاشكال بصاحب الارض والبذر والعمل والبقر من المزارع فتأمل (قوله والاجرة العين اذا هلكت بعد التسليم الخ) أقول وفى قول المصنف لان أجر المثل فى الذمة اشارة الى أن الاجر فى الصور المتقدمة ليس فى الذمة وذلك بالتسليم كما لا يخفى (قوله ثم قال ولا يجاوز بالاجر قفيزا الخ) أقول فيه شئ وجوابه أن مفعول ذكر محذوف والتقدير ذكره (قوله فبمجموع هذا الذى ذكره فى الاجارة يعلم أن عند محمد لا يبلغ أجر المثل بالغا ما بلغ ثم ذكر فى الاجارات الفاسدة) أقول فيه شئ والظاهر أن قوله ثم ذكر سهو من قلم الناسخ (قوله لان الاجر غير معلوم قبل خروج الخارج الخ) أقول لا يلائم التعليل المذكور من قبله ههنا

معلوم قبل خروج الخارج وهذه حوالة بلا تغيير وان كان البذر من قبل العامل فلصاحب الارض أجر مثل أرضه لانه استوفى منافع الارض بعقد فاسد فيجب ردها وقد تعذر فيصار الى المثل ولا مثل لها فيجب رد قيمتها وهل يزاد على قدر المشروط له من الخارج أولا فهو على الخلاف المار ولو جمع بين الارض والبقر حتى فسدت المزارعة كان على العامل أجر مثل الارض والبقر هو الصحيح لان للبقر مدخلا فى الاجارة لجواز ايراد عقد الاجارة عليه والمزارعة اجارة معنى فتنعقد المزارعة عليه فاسدا ويجب أجر المثل (وقوله هو الصحيح) احتراز عن تأويل بعض أصحابنا رحمهم الله لقول محمد رحمه الله فى الاصل لصاحب البقر والارض أجر مثل أرضه وبقره على صاحب البذر أن المراد به أن يجب أجر مثل الارض مكروبة أما البقر فلا يجوز أن يستحق بعقد المزارعة بحال فلا ينعقد العقد عليه صحيحا ولا فاسدا ووجوب أجر المثل لا يكون بدون عقد لان المنافع لا تتقوم بدونه وقوله (واذا استحق رب الارض الخ) واضح خلا أنه يحتاج الى فارق بين خبث يمكن فى منفعة الارض فاوجب التصدق بالفضل وبين خبث يمكن فى عمل العامل فلم يوجب ذلك وفى كلام المصنف رحمه الله اشارة الى ذلك حيث قال لان النماء يحصل من البذر ويخرج من الارض يعنى فهو يحتاج اليهما على ما جرت به العادة احتياجا بالغا فكان الخبث شديدا فاورث وجوب التصدق وعمل العامل وهو القاء البذر وفتح الجداول ليس بتلك المثابة لجواز حصوله بدونه عادة كما اذا هبت الريح فالقت البذر فى أرض وأمطرت السماء فكان ما يمكن به شبهة الخبث فلم يورث وجوب ذلك قال (واذا عقدت المزارعة) فى هذا بيان صفة عقد المزارعة بكونه لازما أو غيره وهو لازم فى حال دون حال أما بعد القاء البذر فى الارض فانه لازم من الجانبين ليس لاحدهما فسخه الا بعذر وأما قبله فلازم من جهة من ليس البذر من جهته وغير لازم من جهة من هو من جهته فلو امتنع صاحب البذر لم يجبر عليه لانه لا يمكنه المضى على العقد الا بضرر يلزمه وهو استهلاك البذر فى الحال فصار كمن استأجر رجلا ليهدم داره (وان امتنع غيره أجبره الحاكم على العمل لانه لا يلحقه بالوفاء بالعقد ضرر) سوى ما التزمه بالعقد لانه التزم اقامة العمل وهو قادر عليها (والعقد لازم) من جهته (بمنزلة الاجارة الا اذا كان عذر يفسخ به الاجارة) كالمرض المانع للعامل عن العمل والدين الذى لا وفاء به عنده الا ببيع الارض (فتفسخ به المزارعة ولو امتنع رب الارض والبذر من قبله وقد كرب المزارع الارض فلا شىء له فى عمل الكراب) لان المأتى به مجرد المنفعة وهو لا يتقوم الا

فعلى العامل أجر مثل الارض والبقر) هو الصحيح لان له مدخلا فى الاجارة وهى اجارة معنى (واذا استحق رب الارض الخارج لبذره فى المزارعة الفاسدة طاب له جميعه) لان النماء حصل فى أرض مملوكة له (وان استحقه العامل أخذ قدر بذره وقدر أجر الارض وتصدق بالفضل) لان النماء يحصل من البذر ويخرج من الارض وفساد الملك فى منافع الارض أوجب خبثا فيه فما سلم له بعوض طاب له وما لا عوض له تصدق به قال (واذا عقدت المزارعة فامتنع صاحب البذر من العمل لم يجبر عليه) لانه لا يمكنه المضى فى العقد الا بضرر يلزمه فصار كما اذا استأجر أجيرا ليهدم داره (وان امتنع الذى ليس من قبله البذر أجبره الحاكم على العمل) لانه لا يلحقه بالوفاء بالعقد ضرر والعقد لازم بمنزلة الاجارة الا اذا كان عذر يفسخ به الاجارة فيفسخ به المزارعة قال (ولو امتنع رب الارض والبذر من قبله وقد كرب المزارع الارض فلا شىء له فى عمل الكراب)

كيف يدفع عنه التقرير السابق ولئن سلم ذلك فلا نسلم جريان التعليل المذكور وتمامه فى صورة استئجار الارض أيضا ألا ترى أن عامة الشراح ذكروا أن قوله وان كانت اجارة فالاجر مسمى فلا يستحق غيره يشكل بمن استأجر رجلا بعين فعمل الاجير وهلكت العين قبل التسليم فانه يجب على المستأجر أجر المثل فليكن هذا مثله لان المزارعة صحت والاجر مسمى وهلك الاجر قبل التسليم وأجابوا عنه بان الاجر ههنا هالك بعد التسليم لان المزارع قبض البذر الذى يتفرع منه الخارج وقبض الاصل قبض لفرعه والاجرة العين اذا هلكت بعد التسليم الى الاجير لا يجب للاجير شىء آخر كذا ههنا اه ولا يذهب عليك أن هذا الجواب لا يتمشى فى صورة استئجار الارض فان رب الارض لا يقبض البذر الذى يتفرع منه الخارج حتى يكون قبضه قبضا لفرعه فلم يتم التعليل المذكور فى حق هاتيك الصورة فتعين القصور تأمل (قوله ولو امتنع رب الارض والبذر من قبله وقد كرب المزارع الارض فلا شىء له فى عمل الكراب) لان المأتى به مجرد المنفعة وهو لا يتقوم الا بالعقد والعقد قومه بجزء

والارض العين متى هلك بعد قبض الاجير لا يجب شىء آخر (قوله فعلى العامل أجر مثل الارض والبقر هو الصحيح) هو احتراز عن قول بعض أصحابنا فانهم قالوا معنى قول محمد رحمه الله فعلى العامل أجر مثل الارض والبقر أن يغرم له أجر مثل الارض مكروبة فاما البقر لا يجوز أن يستحق بعقد المزارعة بحال فلا ينعقد العقد عليه صحيحا ولا فاسدا اذ وجوب أجر المثل لا يكون بدون انعقاد العقد والمنافع لا تتقوم الا بالعقد الا أن عقد المزارعة من جنس الاجارة ومنافع البقر ما يجوز استحقاقها بعقد الاجارة فينعقد عليها عقد المزارعة بصفة الفساد ويجب أجر مثلها كما يجب أجر مثل الارض كذا فى المبسوط (قوله فامتنع صاحب البذر من العمل لم يجبر عليه) أى قبل القاء البذر وأما بعد القائه فيجبر لان عقد المزارعة يكون لازما من الجانبين بعد القاء البذر (قوله لانه لا يلحقه بالوفاء بالعقد ضرر) لانه التزم اقامة العمل وهو قادر على اقامة العمل كما التزمه

(قوله وان امتنع غيره أجبره الحاكم على العمل) أقول الظاهر الاطلاق عن هذا القيد فقد يكون العمل على صاحب البذر أيضا ويكون من الجانب الآخر الارض فقط (قوله ضرر سوى ما التزمه بالعقد) أقول فيه بحث

بالعقد والعقد قوم بعجزه من الخارج وقد فات (قيل هذا) الجواب (فى الحكم فاما فيما بينه و بين الله تعالى فيلزمه استرضاء العامل لانه غره فى الاستعمال واذا مات أحد المتعاقدين بطلت المزارعة) قياسا على الاجارة لكونها عقدا فيه الاجارة (وقد مر الوجه فى الاجارات) وهو قوله لانه لو بقى العقد صارت المنفعة المملوكة أو الاجرة لغير العاقد مستحقا بالعقد لانه ينتقل بالموت الى الوارث وذلك لا يجوز وفى الاستحسان يبقى العقد الى أن يستحصد الزرع نظرا للمزارع فانه فى الزرع غير متعد فلو لم يبق العقد وانتقل الارض الى ورثته لقلعوا الزرع وتضرر به المزارع ولا يجوز الحاق الضرر على غير المتعدى واليه أشار المصنف بقوله (فلو كان دفعها فى ثلاث سنين الخ) واعلم أنه أراد بقوله واذا مات أحد المتعاقدين بعد الزرع لان الذى يكون قبله مذكور فيما يليه ولم يفصل بين ما اذا نبت الزرع أو لم ينبت ولكنه ذكر جواب النابت فى قوله فى وجه الاستحسان (فلما نبت الزرع فى السنة الاولى) ولم يذكر جواب ما لم ينبت عند موته ولعله ترك ذلك اعتمادا على دخوله فى اطلاق أول المسئلة (ولو مات رب الارض قبل الزراعة بعد ما كرب العامل الارض وحفر الانهار انتقضت المزارعة لانه ليس فيه ابطال مال على المزارع ولا شئ للعامل بمقابلة ما عمل) لما سيذكر بعد هذا

قيل هذا فى الحكم فاما فيما بينه و بين الله تعالى يلزمه استرضاء العامل لانه غره فى ذلك قال (واذا مات أحد المتعاقدين بطلت المزارعة) اعتبارا بالاجارة وقد مر الوجه فى الاجارات فلو كان دفعها فى ثلاث سنين فلما نبت الزرع فى السنة الاولى ولم يستحصد الزرع حتى مات رب الارض ترك الارض فى يد المزارع حتى يستحصد الزرع و يقسم على الشرط وتنتقض المزارعة فيما بقى من السنتين لان فى ابقاء العقد فى السنة الاولى مراعاة للحقين بخلاف السنة الثانية والثالثة لانه ليس فيه ضرر بالعامل فيحافظ فيهما على القياس (ولو مات رب الارض قبل الزراعة بعد ما كرب الارض وحفر الانهار انتقضت المزارعة) لانه ليس فيه ابطال مال على المزارع (ولا شئ للعامل بمقابلة ما عمل) لما نبينه ان شاء الله تعالى

من الخارج وقد فات كذا فى عامة الشروح وقال بعد ذلك فى النهاية ومعراج الدراية ولان المزارع عامل لنفسه لانه استأجر الارض ليقيم العمل فيها لنفسه والعامل لنفسه لا يستوجب الاجر على غيره اهـ أقول ليس هذا بسديد اذ قد مر مرارا وتقرر أن البذر اذا كان من قبل رب الارض تعين أن يكون المستأجر هو رب الارض والمفروض فى مسئلتنا أن يكون البذر من قبل رب الارض فكيف يتم القول بان المزارع استأجر الارض ليقيم العمل فيها لنفسه (قوله واذا مات أحد المتعاقدين بطلت المزارعة اعتبارا بالاجارة) هذا جواب القياس وأما فى الاستحسان فيبقى عقد المزارعة الى أن يستحصد الزرع كذا فى الشروح وعزاه فى النهاية ومعراج الدراية الى المبسوط والذخيرة وقال بعد ذلك فى العناية واعلم أنه أراد بقوله واذا مات أحد المتعاقدين بعد الزرع لان الذى يكون قبله مذكور فيما يليه ولم يفصل بين ما اذا نبت الزرع أو لم ينبت ولكنه ذكر جواب النابت فى قوله فى وجه الاستحسان فلما نبت الزرع فى السنة الاولى ولم يذكر جواب ما لم ينبت عند موته ولعله ترك ذلك اعتمادا على دخوله فى اطلاق أول المسئلة اهـ أقول فيه بحث لان ما ذكر فى أول المسئلة انما هو جواب القياس بتمامه جوابه قاطبة فيدخل فيه ما نبت الزرع عند موته وما لم ينبت ولا شك أن مراده بالجواب فى قوله ولكنه ذكر جواب النابت فى قوله فى وجه الاستحسان فلما نبت الزرع فى السنة الاولى ولم يذكر جواب ما لم ينبت عند موته انما هو جواب الاستحسان فكيف يتم قوله ولعله ترك ذلك اعتمادا على دخوله فى أول اطلاق المسئلة ولا ريب أن دخوله فى جواب القياس لا يقتضى دخوله فى جواب الاستحسان أيضا وعن هذا اختلف المشايخ فيه كما صرح به فى الذخيرة حيث قال واذا مات رب الارض بعد الزراعة قبل النبات هل تبقى المزارعة فيه اختلاف المشايخ اهـ

بالعقد وموجب العقود اللازمة وجوب تسليم المعقود عليه فاما اذا امتنع صاحب البذر من العمل ففى الزام موجب العقد اياه ضرر فيما لم يتناوله العقد لان البذر ليس بمعقود عليه وفى القائه فى الارض اتلافه كذا فى المبسوط (قوله فاما فيما بينه و بين الله تعالى يلزمه استرضاء العامل لانه غره) يعنى بان يعطى العامل أجر مثل عمله لانه انما استعمل باقامة العمل ليزرع فيحصل له نصيبه من الخارج فاذا أخذ الارض بعد ما أقام هذه الاعمال من كرب الارض وحفر الانهار كان هو غارا للعامل ملحقا الضرر به والغرور مدفوع فينبغى أن يطلب رضاه (قوله وقد مر الوجه فى الاجارات) وهو قوله لانه لو بقى العقد تصير المنفعة المملوكة والاجرة المملوكة لغير العاقد مستحقا بالعقد لانه ينتقل بالموت الى الوارث وذلك لا يجوز (قوله تركت الارض فى يد المزارع حتى يستحصد) أى يبقى عقد المزارعة الى أن يستحصد ولا يثبت اجارة مبتدأة حتى لا يجب الاجر على المزارع (قوله لما نبينه) اشارة الى قوله لان المنافع انما تتقوم بالعقد الى آخره

(قوله لقلعوا الزرع وتضرر به المزارع) أقول القلع مخصوص بما اذا كان البذر من قبل العامل أما اذا كان من جهة رب الارض فالقلع اتلاف لماله ولا يرتكبه عاقل فوجهه حينئذ لو فسخ العقد يذهب عمله مجانا بعد ما ظهر حقه (قوله اعتمادا على دخوله فى اطلاق أول المسئلة) أقول فيه تأمل فان التعليل بمراعاة الحقين يشمله أيضا فكيف يدخل فى اطلاق أول المسئلة وسيجىء فى هذا الدرس من الشارح فى مسئلة الفسخ بعذر الخ ما يؤيد ما قلناه

(وإذا فسخت المزارعة بدين فادح لحق صاحب الارض فاحتاج الى بيعها جاز) كما فى الاجارة (وليس للعامل أن يطالبه بما كرب الارض وحفر الانهار بشئ) لان المنافع انما تتقوم بالعقد وهو انما قوم بالخارج فاذا انعدم الخارج لم يجب شئ (ولو نبت الزرع ولم يستحصد لم تبع الارض فى الدين حتى يستحصد الزرع) لان فى البيع ابطال حق المزارع والتأخير أهون من الابطال (ويخرجه القاضى من الحبس ان كان حبسه بالدين) لانه لما امتنع بيع الارض لم يكن هو ظالما والحبس جزاء الظلم قال (واذا انقضت مدة المزارعة والزرع لم يدرك كان على المزارع أجر مثل نصيبه من الارض الى أن يستحصد والنفقة على الزرع عليهما على مقدار حقوقهما)

(قوله واذا فسخت المزارعة بدين فادح لحق صاحب الارض فاحتاج الى بيعها جاز كما فى الاجارة) قال فى النهاية ثم هل يحتاج فى فسخ المزارعة الى قضاء القاضى أو الى الرضا ذكر فى الذخيرة فيه اختلاف الروايات فقال لابد لصحة الفسخ من القضاء أو الرضا على رواية الزيادات لانها فى معنى الاجارة وعلى رواية كتاب المزارعة والاجارات والجامع الصغير لا يحتاج فيه الى القضاء ولا الى الرضا بعض مشايخنا المتأخرين أخذوا برواية الزيادات وبعضهم أخذ برواية الاصل والجامع الصغير اه وقال فى العناية والتشبيه بالاجارة يشير الى أنه اختار رواية الزيادات فانه عليها لابد لصحة الفسخ من القضاء أو الرضا لانها فى معنى الاجارة وعلى رواية كتاب المزارعة والاجارات والجامع الصغير لا يحتاج فيه الى ذلك اه أقول فيه نظر لان التشبيه بالاجارة انما يصلح للاشارة الى أنه اختار رواية الزيادات أن لو كانت الرواية فى الاجارة مقصورة على افتقار الفسخ فيها الى القضاء أو الرضا أو كان المصنف قد اختار هنالك صريحا رواية افتقار الفسخ الى أحدهما ولم يكن شئ منهما فان المصنف قال هنالك ثم قول القدورى فسخ القاضى اشارة الى أنه يفتقر الى قضاء القاضى فى النقض وهكذا ذكر فى الزيادات فى عذر الدين وقال فى الجامع الصغير وكل ما ذكرنا أنه عذر فالاجارة فيه تنتقض وهذا يدل على أنه لا يحتاج فيه الى قضاء القاضى اه فتأمل (قوله وليس للعامل أن يطالبه بما كرب الارض وحفر الانهار بشئ) قال فى النهاية الفسخ بعد عقد المزارعة وعمل العامل يتصور فى صور ثلاث ذكر فى الكتاب صورتين منها وهما ما اذا فسخ بعدما كرب الارض وحفر الانهار وما اذا فسخ بعد نبات الزرع قبل أن يستحصد ولم يذكر ما اذا فسخ بعدما زرع العامل الارض الا أنه لم ينبت بعد حتى لحق رب الارض دين فادح هل له أن يبيع الارض ذكر فى الذخيرة أن فيه اختلاف المشايخ وكان الشيخ أبو بكر العتابى يقول له ذلك لانه ليس لصاحب البذر فى الارض عين مال قائم لان التبذر استهلاك ولهذا قالوا ان لصاحب البذر فسخ المزارعة لانه يحتاج الى استهلاك ماله من غير عوض يحصل له فى الحال وحصوله فى الثانى غير معلوم فكان هذا بمنزلة ما قبل التبذر وكان الشيخ أبو اسحق الحافظ يقول ليس له ذلك لان التبذر استنماء مال وليس باستهلاك ألا يرى أن الاب والوصى يملكان زراعة أرض الصبى ولا يملكان استهلاك مال الصبى واذا كان كذلك كان للمزارع فى الارض عين مال قائم انتهى وقال فى العناية لم يذكر المصنف الصورة الثالثة وهى ما اذا فسخ بعدما زرع

(واذا فسخت المزارعة بدين فادح) أى ثقيل من فدحه الامر أى أثقله (لحق صاحب الارض أحوجه الى بيعها جاز) الفسخ (كما فى الاجارة) والتشبيه بالاجارة يشير الى أنه اختار رواية الزيادات فانه عليها لابد لصحة الفسخ من القضاء أو الرضا لانها فى معنى الاجارة وعلى رواية كتاب المزارعة والاجارات والجامع الصغير لا يحتاج فيه الى ذلك (وليس للعامل أن يطالبه بما كرب الارض وحفر الانهار بشئ لان المنافع انما تتقوم بالعقد وهو انما قوم بالخارج فاذا انعدم الخارج لم يجب شئ) وهذا هو الموعود وقد ذكرناه من قبل قال فى النهاية وهذا الجواب بهذا التعليل انما يصح أن لو كان البذر من قبل العامل أما اذا كان البذر من قبل رب الارض فللعامل أجر مثل عمله وذلك لان البذر اذا كان من قبل العامل يكون مستأجرا للارض فيكون العقد واردا على منفعة الارض لا على عمل العامل فيبقى عمل العامل من غير عقد ولا شبهة عقد فلا يتقوم على رب الارض وأما اذا كان البذر من قبل رب الارض حتى كان رب الارض مستأجرا للعامل فكان العقد واردا على منافع الاجير فيتقوم منافعه وعمله على رب الارض ويرجع على رب الارض بأجر مثل عمله كذا فى الذخيرة محالة الى مزارعة شيخ الاسلام رحمه الله وفيه نظر لان منافع الاجير وعمله انما يتقوم على رب الارض بالعقد والعقد انما قوم بالخارج (فاذا انعدم الخارج لم يجب شئ) ثم الفسخ بعد عقد المزارعة وعمل العامل متصور فى صور ثلاث ما اذا فسخ بعدما كرب الارض وحفر الانهار وهو ما نحن فيه وقد ظهر حكمه وما اذا فسخ وقد نبت الزرع ولم يستحصد بعد وحكمه أن لا تباع الارض بالدين حتى يستحصد الزرع لان فى البيع ابطال حق المزارع وفى التأخير ان كان اضرارا بالغرماء لكن التأخير أهون من الابطال ويخرجه القاضى من الحبس ان كان حبسه فى الدين لانه امتنع بيع الارض ولم يكن هو ظالما معناه ذلك والحبس جزاء الظلم ولم يذكر المصنف رحمه الله الصورة الثالثة ما اذا فسخ بعدما زرع العامل الارض الا أنه لم ينبت حتى لحق رب الارض دين فادح هل له أن يبيع الارض فيه اختلاف المشايخ رحمهم الله قال بعضهم له ذلك لانه ليس لصاحب البذر فى الارض عين قائم لان التبذر استهلاك فكان بمنزلة ما قبل التبذر وقال بعضهم ليس له ذلك لان التبذر استنماء مال وليس باستهلاك ولهذا ملك الاب والوصى زراعة أرض الصبى ولا يملكان استهلاك ماله فكان للمزارع فى الارض عين قائم ولعل هذا اختيار المصنف رحمه الله ولم يذكره لان البذر ان كان لصاحب الارض لم يكن فيها مال الغير حتى يكون مانعا عن البيع وان كان للعامل فقد دخل فى الصورة الثانية والله أعلم قال (واذا انقضت مدة المزارعة

الخ) (قوله لا يحتاج فيه الى ذلك الخ) أقول كما فى الاجارة (قوله وحكمه أن لا تباع) أقول اذا لم يبع لم يفسخ العقد

اذا انقضت مدة المزارعة والزرع لم يدرك يبقى الزرع وكان على المزارع أجر مثل نصيبه من الارض الى أن يستحصد الزرع حتى لو كانت المزارعة
بالنصف كان عليه أجر مثل نصف الارض لان المزارعة لما انقضت بانقضاء المدة لم يبق للعامل حق في منفعة الارض وهو يستوفيها بتربية نصيبه
من الزرع الى وقت الادراك فلا تسلم له مجانا والنفقة على الزرع وهي مؤنة الحفظ والسقي وكرى الانهار عليهما
على مقدار نصيبهما حتى
يستحصد كنفقة العبد
المشترك العاجز عن
الكسب وقوله (لان في
تبقية الزرع) دليل وجوب
الاجر ووجه ذلك أنا لو أمرنا
العامل بقلع الزرع عند
انقضاء المدة تضرر به وان
أبقيناه بلا أجر تضرر رب
الارض فبقيناه بالاجر
تعديلا للنظر من الجانبين
والعمل عليهما لما ذكر في
الكتاب وهو واضح وهذا
بخلاف ما اذا مات رب
الارض فانه يبقى الزرع بلا
أجر ولا اشتراك في النفقة
ولا اشتراك في العمل وكلامه
فيه أيضا واضح فاذا انقضت
المدة واحتاج الزرع الى
النفقة فأنفق أحدهما بغير
اذن صاحبه فهو متطوع
لانه أنفق على ملك الغير
بغير أمره لا يقال هو
مضطر لاحياء حقه
فلا يوصف بالتبرع لان تمكنه
من الاستئذان من القاضي
يمنع الاضطرار (ولو أراد
رب الارض أن يأخذ الزرع
بقلا لم يكن له ذلك لما فيه
من الاضرار بالمزارع) ولو
أراد المزارع ذلك تمكن منه
ويخير رب الارض بين الامور
الثلاثة المذكورة في
الكتاب بدليلها فان قيل ترك النظر لنفسه انما يجوز اذا لم يتضرر به غيره وههنا يتضرر رب الارض واستدفاع الضرر ليس بمنحصر في
ذلك لم لا يجوز أن يكون بالمنع عن القلع كرب الارض أجيب بأن رب الارض متعنت في طلب القلع لانتفاعه بنصيبه وباجر المثل فرد عليه

معناه حتى يستحصد لان في تبقية الزرع باجر المثل تعديل النظر من الجانبين فيصار اليه وانما كان العمل عليهما
لان العقد قد انتهى بانتهاء المدة وهذا عمل في المال المشترك وهذا بخلاف ما اذا مات رب الارض والزرع بقل
حيث يكون العمل فيه على العامل لان هناك أبقينا العقد في مدته والعقد يستدعي العمل على العامل أما ههنا
العقد قد انتهى فلم يكن هذا ابقاء ذلك العقد فلم يختص العامل بوجوب العمل عليه (فان أنفق أحدهما بغير
اذن صاحبه وأمر القاضي فهو متطوع) لانه لا ولاية له عليه (ولو أراد رب الارض أن يأخذ الزرع بقلا لم يكن
له ذلك) لان فيه اضرارا بالمزارع (ولو أراد المزارع) أن يأخذه بقلا قيل لصاحب الارض اقلع الزرع فيكون
بينكما أو أعطه قيمة نصيبه أو أنفق أنت على الزرع وارجع بما تنفقه في حصته لان المزارع لما امتنع من
العمل لا يجبر عليه لان ابقاء العقد بعد وجود المنهي نظر له وقد ترك النظر لنفسه ورب الارض مخير بين هذه

العامل الارض الا أنه لم ينبت حتى لحق رب الارض دين فادح هل له أن يبيع الارض فيه اختلاف المشايخ قال
بعضهم له ذلك لانه ليس لصاحب البذر في الارض عين قائم لان التبذر استهلاك فكان بمنزلة ما قبل التبذير
وقال بعضهم ليس له ذلك لان التبذر استنماء وليس باستهلاك ولهذا يملك الاب والوصي زراعة أرض الصبي
ولا يملكان استهلاك ماله فكان للمزارع في الارض عين قائم ولعل هذا اختيار المصنف ولم يذكره لان البذر ان
كان لصاحب الارض لم يكن فيها مال الغير حتى يكون مانعا عن البيع وان كان للعامل فقد دخلت في الصورة
الثانية انتهى أقول ان قوله وان كان للعامل فقد دخلت في الصورة الثانية كلام خال عن التحصيل لانه ان
أراد بدخولها في الصورة الثانية دخولها في نفس الصورة الثانية فليس بصحيح جدا اذ قد اعتبر في الصورة
الثانية نبات الزرع وفي الصورة الثالثة عدم نباته فانى يتصور دخول احداهما في الاخرى وان أراد بذلك
دخولها في حكم الصورة الثانية فهو صحيح على قول بعض المشايخ لكن لا يصلح لان يكون وجه العدم ذكر تلك
الصورة بالكلية لان دخولها في حكم الصورة الثانية على قول بعض المشايخ انما يعرف ببيان حكمها من
قبل واذا لم يذكر تلك الصورة قط فمن أين يعلم أن حكمها كحكم الصورة الثانية كما قال به بعض المشايخ أو
كحكم الصورة الاولى كما قال به بعضهم الآخر والاوجه عندي أن المصنف انما لم يذكر تلك الصورة ناسيا
بالامام محمد رحمه الله فانه لم يذكرها في كتابه كما بينه صاحب الذخيرة حيث قال وان كان المزارع قد زرع
الارض الا أنه لم ينبت بعد حتى لحق رب الارض دين فادح هل له أن يبيع الارض لم يذكر محمد رحمه الله هذه
المسئلة في الكتاب وقد اختلف المشايخ فيها انتهى (قوله لان المزارع لما امتنع من العمل لا يجبر عليه لان ابقاء
العقد بعد وجود المنهي نظر له وقد ترك النظر لنفسه) فان قيل ترك النظر لنفسه انما يجوز اذا لم يتضرر به غيره
وههنا يتضرر رب الارض واستدفاع الضرر ليس بمنحصر فيما ذكر لم لا يجوز أن يكون بالمنع عن القلع كرب

(قوله معناه حتى يستحصد الزرع) أي معنى قوله والنفقة على الزرع عليهما يريد أن النفقة على الزرع عليهما
حتى يستحصد الزرع (قوله وهذا بخلاف ما اذا مات رب الارض والزرع بقل حيث يكون العمل فيه على العامل)
مسئلة الموت مخالفة لمسئلة انقضاء المدة في الاحكام الثلاث وهي وجوب أجر الارض والاشتراك في النفقة
والاشتراك في العمل حيث لم يجز أجر مثل نصيبه من الارض على العامل (قوله فان أنفق أحدهما بغير اذن
صاحبه وأمر القاضي) أي فيما اذا انقضت مدة المزارعة فهو متطوع لانه أنفق على ملك الغير بغير أمره وبغير
أمر من يلي عليه فان قيل هو مضطر في هذا الانفاق لانه يحيي حق نفسه فلا يوصف بالتبرع قلنا هو غير مضطر في
هذا الانفاق لانه يمكنه الانفاق بامر القاضي ولانه غير مجبر على الانفاق فكان تطوعا كالدار المشتركة بينهما اذا

(قوله وان بقيناه بلا أجر تضرر رب الارض) أقول حيث تكون أرضه مشغولة بملك الغير جبرا (قال المصنف لان ابقاء العقد بعد وجود المنهي)

بخلاف المزارع فانه يردعن نفسه بالقلع مايجب عليه من أجر المثل فربما يخاف أن نصيبه من الزرع لايفي بذلك وقوله (ولومات المزارع) ظاهر وقوله (لما بينا) اشارة الى قوله لان ابقاء العقد بعدوجود المنهي الخ (قوله والمالك على الخيارات الثلاث) يعني المذكورة الا أنه في هذه الصورة لورجع بالنفقة رجع بكلها اذ العمل على العامل مستحق لبقاء العقد وقوله (على مابينا) اشارة الى قوله لان المزارع لما امتنع عن العمل الخ قال (وكذا أجرة الحصاد والرفاع) قد تقدم معنى البيدر والتذرية تمييز الحب من التبن بالريح ولما كان القدوري الحصاد والدياس في البيع الفاسد والرفاع بالفتح والكسر هو أن يرفع الزرع الى البيدر ذكر هذه المسئلة عقيب انقضاء مدة الزرع والزرع لم يدرك ربما يوهم اختصاصها بذلك فقال المصنف وهذا الحكم ليس يختص بما ذكر من الصورة وهو انقضاء المدة والزرع لم يدرك بل هو عام في جميع المزارعات وكلامه واضح والاصل أن اشتراط ماليس من أعمال المزارعة على أحد المتعاقدين يفسدها لانه شرط لايقتضيه وفيه منفعة لاحدهما ومثله يفسد الاجارة فكذا المزارعة لان فيها معنى الاجارة والفاصل بينهما ومن أعمالها وغيره ان كل ماينبت وينمي ويزيد في الخارج فهو من أعمالها ومالا فلا وعلى هذا فالحصاد والدياس والتذرية ورفعه الى البيدر اذا شرط شيء منها على أحدهما فسدت في ظاهر الرواية وروى أصحاب الامالي عن أبي يوسف أنها اذا شرطت على العامل جازت للتعامل اعتبارا بالاستصناع وقال شمس الائمة هذا هو الاصح في ديارنا والمصنف جعل الاعمال ثلاثة ما كان قبل الادراك كالسقي والحفظ وهو من أعمالها وما كان بعد الادراك قبل القسمة كالحصاد والدياس ونحوهما وما كان بعد القسمة كالحمل الى البيت والطحن وأشباههما وهما ليسا من أعمالها فيكونان عليهما لكن فيما هو قبل القسمة على الاشتراك وفيما هو بعدها على كل واحد منهما في نصيبه خاصة لتميز ملك كل واحد منهما عن ملك الآخر فكان التدبير في ملكه اليه (والمعاملة قياس هذا) أي المساقاة أيضا على هذه الوجوه وقوله (لانه مال مشترك) يعني مال مشترك كما بعد القسمة باعتبار ما كان وقيل باعتبار المجموع بعد القسمة بينهما ألا ترى أن نصيب كل واحد اذا كان معينا في قرية يقال لهم شركاء في القرية

الخيارات لان بكل ذلك يستدفع الضرر (ولومات المزارع بعد نبات الزرع فقالت ورثته نحن نعمل الى أن يستحصد الزرع وأبى رب الارض فلهم ذلك) لانه لاضرر على رب الارض (ولا أجر لهم بما عملوا) لانا أبقينا العقد نظرا لهم فان أرادوا قلع الزرع لم يجبروا على العمل لما بينا والمالك على الخيارات الثلاث لما بينا قال (وكذلك أجرة الحصاد والرفاع والدياس والتذرية عليهما بالحصص فان شرطاه في المزارعة على العامل فسدت) وهذا الحكم ليس يختص بما ذكر من الصورة وهو انقضاء المدة والزرع لم يدرك بل هو عام في جميع المزارعات ووجه ذلك أن العقد يتناهى بتناهي الزرع لحصول المقصود فيبقى مال مشترك بينهما ولا عقد فيجب مؤنته عليهما واذا شرط في العقد ذلك ولا يقتضيه وفيه منفعة لاحدهما يفسد العقد كشرط الحمل أو الطحن على العامل وعن أبي يوسف أنه يجوز اذا شرط ذلك على العامل للتعامل اعتبارا بالاستصناع وهو اختيار مشايخ بلخ قال شمس الائمة السرخسي هذا هو الاصح في ديارنا فالحاصل أن ما كان من عمل قبل الادراك كالسقي والحفظ فهو على العامل وما كان منه بعد الادراك قبل القسمة فهو عليهما في ظاهر الرواية كالحصاد والدياس وأشباههما على مابيناه وما كان بعد القسمة فهو عليهما والمعاملة على قياس هذا ما كان قبل ادراك الثمر من السقي والتلقيح والحفظ فهو على العامل وما كان بعد الادراك كالجداد والحفظ فهو عليهما ولو شرط الجداد على العامل لايجوز بالاتفاق لانه لاعرف فيه وما كان بعد القسمة فهو عليهما لانه مال مشترك ولا عقد ولو شرط الحصاد في الزرع على رب الارض لايجوز بالاجماع لعدم العرف فيه ولو أرادا فصل القصيل أو جداد التمر بسرا أو التقاط الرطب فذلك عليهما لانهما أنهيا العقد لما عزما على الفصل والجداد بسرا فصار كما بعد

الارض أجيب بان رب الارض متعنت في طلب القلع لانتفاعه بنصيبه وبأجر المثل فرد عليه بخلاف المزارع فانه يردعن نفسه بالقلع مايجب عليه من أجر المثل فربما يخاف أن نصيبه من الزرع مالا يفي بذلك كذا في العناية وغيرها أقول لقائل أن يقول ان رب الارض أيضا ليس بمتعنت في طلب القلع بل هو يردعن نفسه بالقلع مايجب عليه من النفقة على تقدير الابقاء فربما يخاف أن نصيبه من الزرع مالا يفي بنفقة حصته فليتأمل

اشتريت فانفق أحدهما في مرمتها بغير اذن صاحبه كان متطوعا في ذلك (قوله لم يجبروا على العمل لما بينا) وهو قوله لان ابقاء العقد بعد وجود المنهي نظر الى آخره (قوله والمالك على الخيارات الثلاث) لكن في هذه الصورة لو رجع المالك بالنفقة يرجع بكلها اذ العمل على العامل مستحق لبقاء العقد (قوله والرفاع) وهو أن يرفع الزرع الى البيدر (قوله وهذا الحكم) أي كون أجرة الحصاد والرفاع والدياس والتذرية عليهما ليس يختص بما ذكرنا من الصورة وهو انقضاء المدة والزرع لم يدرك (قوله وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يجوز اذا شرط ذلك على العامل) وقال الفقيه أبو بكر رحمه الله كان محمد بن سلمة وغيره من مشايخ بلخ يفتون بجواز المزارعة مع هذه الشرائط ويزيدون على هذا ويقولون يجوز بشرط التنقية والحمل الى منزل رب الارض لان المزارعة بهذه الشرائط متعارف فيما بين الناس كذا في الذخيرة (قوله لانه مال مشترك)

يل بين تدا مع فان العقد قد انتهى (قال المصنف لان بكل ذلك يستدفع الضرر) أقول فيه شيء فان قولنا لصاحبها اقلع الزرع الزام الضرر

(كتاب المساقاة) كان من حق المساقاة التقديم على المزارعة لكثرة من يقول بجوازها ولورود الاحاديث فى معاملة النبى صلى الله عليه وسلم أهل خيبر الا أن اعتراض موجبين صوب ايراد المزارعة قبل المساقاة أحدهما شدة الاحتياج الى معرفة أحكام المزارعة لكثرة وقوعها والثانى كثرة تفريع مسائل المزارعة بالنسبة الى المساقاة (والمساقاة هى المعاملة) بلغة أهل المدينة ومفهومها اللغوى هو مفهومها الشرعى فهى معاقدة دفع الاشجار والكروم الى من يقوم باصلاحها على أن يكون له سهم معلوم من ثمرها والكلام فيها كالكلام فى المزارعة يعنى شرائطها هى الشرائط التى ذكرت للمزارعة وهى غير جائزة عند أبى حنيفة كالمزارعة وبه أخذ زفر وجائزة عند أبى يوسف ومحمد وهو قول ابن أبى ليلى وقال الشافعى رحمه الله المعاملة جائزة والمزارعة لا تجوز الا تبعا لها وذلك بان يكون النخيل والكرم فى أرض بيضاء تسقى بماء النخيل فيأمر بان يزرع الارض أيضا بالنصف وقد ذكر دليله فى الكتاب وهو واضح والجواب أن مساس الحاجة الى تجويزها والعرف الظاهر بين الناس فى جميع البلدان ألحقاها بالمضاربة فجازت منفكة عن المعاملة وقوله (وادراك البذر فى أصول الرطبة فى هذا بمنزلة ادراك الثمر) معناه لو دفع رطبة قد انتهى جذاذها على أن يقوم عليها ويسقيها حتى يخرج بذرها على أن ما رزق الله تعالى من بذر فهو بينهما نصفين جاز اذا كان البذر مما يرغب فيه وحده لانه يصير فى معنى الثمر للشجر وهذا لان ادراك البذر له وقت معلوم عند المزارعين فكان ذكره

الادراك والله أعلم

(كتاب المساقاة)

(قال أبو حنيفة المساقاة بجزء من الثمر باطلة وقالا جائزة اذا ذكر مدة معلومة وسمى جزأ من الثمر مشاعا) والمساقاة هى المعاملة والكلام فيها كالكلام فى المزارعة وقال الشافعى رحمه الله المعاملة جائزة ولا تجوز المزارعة الا تبعا للمعاملة لان الاصل فى هذا المضاربة والمعاملة أشبه بها لان فيه شركة فى الزيادة دون الاصل وفى المزارعة لو شرطا الشركة فى الربح دون البذر بان شرطا رفعه من رأس الخارج تفسد فجعلنا المعاملة أصلا وجوزنا المزارعة تبعا لها كالشرب فى بيع الارض والمنقول فى وقف العقار وشرط المدة قياس فيها لانها اجارة معنى كما فى المزارعة وفى الاستحسان اذا لم يبين المدة يجوز ويقع على أول ثمر يخرج لان الثمر لادراكها وقت معلوم وقلما يتفاوت ويدخل فيها ما هو المتيقن وادراك البذر فى أصول الرطبة فى هذا بمنزلة ادراك الثمار لان له نهاية معلومة فلا يشترط بيان المدة بخلاف الزرع لان ابتداءه يختلف كثيرا خريفا وصيفا وربيعا

اهـ

(كتاب المساقاة)

قال فى غاية البيان كان من حق الوضع أن يقدم كتاب المساقاة على كتاب المزارعة لان المساقاة جائزة بلا خلاف ولهذا قدم الطحاوى المساقاة على المزارعة فى مختصره الا أن المزارعة لما كانت كثيرة الوقوع فى عامة البلاد وكان الحاجة اليها أكثر من المساقاة فقدمت على المساقاة ولان المزارعة لما وقع فيها الخلاف بين الائمة كانت الحاجة الى علمها أمس فقدمت ولان تفريعاتها أكثر من تفريعات المساقاة انتهى أقول فى تقريره نوع خلل فانه قال فى أوائل كلامه لان المساقاة جائزة بلا خلاف وذلك يقتضى عدم وقوع الخلاف أصلا فى جواز المساقاة وليس كذلك قطعا لان أبا حنيفة لم يجوزها كما ذكر فى نفس الكتاب حيث قال قال أبو حنيفة

سماه بعد القسمة مشتركا باعتبار ما كان أو باعتبار أن المجموع بعد القسمة بينهما كما يقال شركاء القرية وأملاكهم متميزة ومتعينة الا أنهم يسمون الشركاء باعتبار اتصال أملاكهم بعضا ببعض والله أعلم

(كتاب المساقاة)

هى مفاعلة من السقى وهى المعاملة فى الاشجار ببعض الخارج منها قال أبو حنيفة رحمه الله المساقاة بجزء من الثمر أى مشاعا باطلة وقالا جائزة وقال الشافعى ومالك رحمهما الله المعاملة جائزة ولا تجوز المزارعة الا تبعا للمعاملة وشرط التبعية عند مالك أن يكون الاصل ضعف التبع لان به يتحقق التبعية والمعاملة انما تصح عنده اذا شرطت النفقات كلها على العامل لانه من تمام العمل (قوله والكلام فيها كالكلام فى المزارعة) أى وشرائطها هى الشرائط التى ذكرت فى المزارعة مما يصلح شرطا للمساقاة وفى فتاوى قاضيخان وشرائطها منها بيان نصيب العامل فان بينا نصيب العامل وسكتا عن نصيب الدافع جاز استحسانا كما قلنا فى المزارعة ومنها الشركة فى الخارج كما فى المزارعة ومنها التخلية بين الاشجار والعامل ومنها بيان الوقت فان سكتا عن الوقت جاز استحسانا ويقع العقد على أول ثمرة تكون فى تلك السنة فان لم يخرج فى تلك السنة ثمرة تنتقض المعاملة (قوله وادراك البذر فى أصول الرطبة فى هذا بمنزلة ادراك الثمر) أى اذا دفع اليه رطبة قد انتهى جذاذها على أن يقوم عليها ويسقيها حتى يخرج بذرها على أن ما رزق الله تعالى فى ذلك من بذر فهو بينهما نصفان ولم يسميا وقتا فهو جائز استحسانا لان لادراك البذر وقتا معلوما عند المزارعين والبذر انما يحصل بعمل العامل فاشتراطا المناصفة فيه يكون صحيحا والرطبة لصاحبها (قوله بخلاف الزرع) لان ابتداءه يختلف كثيرا خريفا وصيفا

وجوابه أن المراد بكل ذلك على وجه التخيير (قوله وقال شمس الائمة هذا هو الاصح فى ديارنا) أقول وفيه بحث لان كونه الأصح اما أن يكون رواية أو دراية ولا يصح شئ منهما لان الروايات والدلائل لا تتعلق بديار دون أخرى ويمكن أن يقال دليل هذه المسئلة العرف وهو يختلف باختلاف الديار والله أعلم (قوله يعنى شرائطها التى ذكرت للمزارعة) أقول فيه بحث

والانتهاء بناء عليه فتدخله الجهالة وبخلاف ما اذا دفع اليه غرسا قد علق ولم يبلغ الثمر معاملة حيث لا يجوز الا ببيان المدة لانه يتفاوت بقوة الاراضي وضعفها تفاوتا فاحشا وبخلاف ما اذا دفع نخيلا أو أصول رطبة على أن يقوم عليها أو أطلق في الرطبة تفسد المعاملة لانه ليس لذلك نهاية معلومة

المساقاة بجزء من الثمر باطلة وكذا زفر لم يجوزها كما ذكر في عامة الشروح وقال جمهور الشراح كان من حق المساقاة أن تقدم على المزارعة لكثرة من يقول بجوازها ولورود الاحاديث في معاملة النبي عليه السلام باهل خيبر الا أن اعتراض موجبين صوب ايراد المزارعة قبل المساقاة أحدهما شدة الاحتياج الى معرفة أحكام المزارعة لكثرة وقوعها والثاني كثرة تفريع مسائل المزارعة بالنسبة الى المساقاة أقول فيه أيضا شئ وهو أن قولهم ولورود الاحاديث في معاملة النبي عليه السلام باهل خيبر محل نظر فان الاحاديث كما وردت في حق المساقاة وردت في حق المزارعة أيضا من غير فصل سيما الاحاديث الواردة بطرق شتى في قصة أهل خيبر وعن هذا قال المصنف في أوائل كتاب المزارعة وهي يعني المزارعة فاسدة عند أبي حنيفة وقالا جائزة لما روى أن النبي عليه السلام عامل أهل خيبر على نصف ما يخرج من ثمر أو زرع انتهى وكان كل من فريقي الشراح اطلع على ما في كلام الآخر من الخلل حيث ترك ما أخل به الآخر كما ترى (قوله والمساقاة هي المعاملة) قال في العناية والمساقاة هي المعاملة بلغة أهل المدينة ومفهومها اللغوي هو الشرعي وهي معاقدة دفع الاشجار والكروم الى من يقوم باصلاحها على أن يكون له سهم معلوم من ثمرها انتهى ورد عليه صاحب الاصلاح والايضاح حيث قال هي عبارة عن المعاملة بلغة أهل المدينة وفي الشرع عقد على دفع الشجر الى من يصلحه بجزء من ثمره وقال في الحاشية فمفهومها اللغوي أعم من الشرعي لا عينه كما توهمه صاحب العناية انتهى أقول ليس ذلك بوارد اذ الظاهر أن المراد بالمعاملة في قوله المساقاة هي المعاملة المعهودة بين الناس المسماة بالمساقاة بلغة أهل المدينة وهي معاقدة دفع الاشجار والكروم الى من يقوم باصلاحها على أن يكون له سهم معلوم من ثمرها وليس المراد بها مطلق المعاملة الشاملة لمثل البيع والاجارة وسائر العقود حتى يكون مفهومها اللغوي أعم من مفهومها الشرعي والا يلزم أن لا يصح قوله المساقاة هي المعاملة بلغة أهل المدينة اذ لا شك أن أهل المدينة لا يطلقون لفظ المساقاة على كل معاملة بل انما يطلقونه على معاملة مخصوصة معهودة بين الناس وقد اعترف ذلك الراد أيضا بان المساقاة عبارة عن المعاملة بلغة أهل المدينة فلا يتصور أن يكون مفهومها اللغوي أعم من الشرعي كما لا يخفى (قوله والكلام فيها كالكلام في المزارعة) قال في العناية يعني شرائطها هي الشرائط التي ذكرت للمزارعة انتهى أقول في هذا التفسير خلل لان الشرائط التي ذكرت للمزارعة ليس كلها شرطا للمساقاة فان شرائط المساقاة أربعة كما نص عليه الامام قاضيخان في فتاواه وذكر في النهاية وغيرها أيضا وشرائط المزارعة ثمانية كما مر في الكتاب في أوائل المزارعة فكيف يتم القول بان شرائط المساقاة هي الشرائط التي ذكرت للمزارعة وقد سبق صاحب الكفاية الى هذا التفسير الذي ذكره صاحب العناية ولكن قيده بما يدفعه في الجملة حيث قال أي وشرائطها هي الشرائط التي ذكرت للمزارعة مما يصلح شرطا للمساقاة انتهى ثم أقول لعل مراد المصنف بقوله والكلام فيها كالكلام في المزارعة أن الدليل على جوازها أو عدم جوازها على القولين كما مر في المزارعة ويرشد اليه قوله وقال الشافعي المعاملة

ور بيعا فان من الناس من يزرع في الخريف ومنهم من يزرع في الربيع ومنهم من يزرع في الصيف واذا كان ابتداء العمل مما يتقدم ويتأخر عرفا كان الانتهاء كذلك فكانت المدة مجهولة فلا يجوز (قوله ولم يبلغ الثمر) أي لم يبلغ الغرس الاثمار حيث لا يجوز الا ببيان المدة بان يذكر سنين معلومة لانه لا يدرى في كم يحمل الشجر والنخل والكرم الثمر فالاشجار تتفاوت في ذلك بتفاوت مواضعها من الارض بالقوة والضعف فان بينا مدة معلومة صار مقدار المعقود عليه من عمل العامل معلوما فيجوز وان لم يبينا ذلك لا يجوز (قوله وبخلاف ما اذا دفع نخيلا أو أصول رطبة على أن يقوم عليها) أي حتى يذهب أصولها وينقطع نباتها أي

بمنزلة ذكر وقت معين والبذر يحصل بعمل العامل فاشتراط المناصفة فيه يكون صحيحا والرطبة لصاحبها وقوله (غرسا قد علق) أي نبت ولم يبلغ حد الاثمار ظاهر وقوله (بخلاف ما اذا دفع نخيلا أو أصول رطبة على أن يقوم عليها) معناه حتى تذهب أصولها وينقطع نباتها وقوله (أو أطلق في الرطبة) يعني لم يقل حتى تذهب أصولها (فسدت المعاملة) معناه اذا لم يكن للرطبة جذة معلومة فان كان فهي جائزة كما لو أطلق في النخيل فانه ينصرف الى الثمرة الاولى وقد ترك المصنف في كلامه قيدين لاغنى عنهما فكان ايجازا مخلا

لانها

وقوله (لانها تنمو ماتركت فى الارض) دليـل الرطبة ولم يذكر دليل النخيل والرطبة اذا شرط القيام عليهما حتى تذهب أصولهما لانه لانهاية لذلك فكان غير معلوم وقوله (لايخرج الثمر فيها) أى فى الوقت أثبتناه ويل المدة قال (وتجوز المساقاة فى النخيل والشجر) هذا بيان ماتجرى فيه المساقاة ومالاتجرى فيه وخصص الشافعى رحمه الله جوازها بما ورد فيه الاثر من حديث خيبر وكان فى النخل والكرم (ولنا أن الجواز للحاجة وقد عمت) وعموم العلة يقتضى عموم الحكم ولانسلم أن أثر خيبر خصهما لان أهلها يعملون فى الاشجار والرطاب أيضا ولئن سلمنا ذلك لكن الاصل فى النصوص التعليـل لاسيما على أصله فان بابه عنده أوسع لانه يرى التعليل بالعلة القاصرة وبكل وصف قام دليـل التمييز على كونه جامعا بين الاوصاف وأما نحن فانا لانجوزه بالعلة القاصرة ويشترط قيام الدليل على أن هذا النص بعينه معلول وموضعه أصول الفقه وقوله (وليس لصاحب الكرم) واضح وقوله (لما قدمناه) وفى بعض النسخ على ماقدمناه اشارة الى ماذكره فى المزارعة بقوله (واذا عقدت المزارعة فامتنع صاحب البذر من العمل لم يجبر عليه الخ) والحاصل أن المساقاة لم تشتمل على ضرر فكانت لازمة من الجانبين بخلاف المزارعة فان صاحب البذر يلحقه ضرر فى الحال بالقاء بذره فى الارض فلم تكن لازمة من جهته ثم عذر صاحب الكرم لحوق دين فادح لايمكنه الايفاء الا ببيع الكرم وعذر العامل المرض وقوله

لانها تنمو ماتركت فى الارض فجهلت المدة (ويشترط تسمية الجزء مشاعا) لما بينا فى المزارعة اذ شرط جزء معين يقطع الشركة (فان سميا فى المعاملة وقتا يعلم أنه لايخرج الثمر فيها فسدت المعاملة) لفوات المقصود وهو الشركة فى الخارج (ولو سميا مدة قد يبلغ الثمر فيها وقد يتأخر عنها جازت) لانا لانتيقن بفوات المقصود ثم لو خرج فى الوقت المسمى فهو على الشركة لصحة العقد وان تأخر فللعامل أجر المثل لفساد العقد لانه تبين الخطأ فى المدة المسماة فصار كما اذا علم ذلك فى الابتداء بخلاف ما اذا لم يخرج أصلا لان الذهاب بآفة فلا يتبين فساد المدة فيبقى العقد صحيحا ولاشئ لكل واحد منهما على صاحبه قال (وتجوز المساقاة فى النخـل والشجر والكرم والرطاب وأصول الباذنجان) وقال الشافعى فى الجديد لاتجوز الا فى الكرم والنخـل لان جوازها بالاثر وقد خصهما وهو حديث خيبر ولنا أن الجواز للحاجة وقد عمت وأثر خيبر لايخصهما لان أهلها كانوا يعملون فى الاشجار والرطاب أيضا ولو كان كما زعم فالاصـل فى النصوص أن تكون معلولة سيما على أصـله (وليس لصاحب الكرم أن يخرج العامل من غير عذر) لانه لاضرر عليه فى الوفاء بالعقد (وكذا ليس للعامل أن يترك العمل بغير عذر) بخلاف المزارعة بالاضافة الى صاحب البذر على ماقدمناه قال (فان دفع نخلا فيه تمر مساقاة والتمر يزيد بالعمل جاز وان كانت قد انتهت لم يجز) وكذا على هذا اذا دفع الزرع وهو بقل جاز ولو استحصد وأدرك لم يجز لان العامل انما يستحق بالعمل ولا أثر للعمل بعد التناهى والادراك فلو جوزناه لكان

جائزة ولاتجوز المزارعة الا تبعا الخ فانه بيان قول ثالث فارق بين كون المزارعة أصلا وكونها تبعا فلو كان المراد بقوله والكلام فيهما كالكلام فى المزارعة بيان شروط المساقاة كان ذكره بين بيان الاقوال الثلاثة المذكورة أجنبيا كما لايذهب على ذى فطانة (قوله لانها تنمو ماتركت فى الارض فجهلت المدة) قال صاحب العناية وقوله لانها تنمو ماتركت فى الارض دليل الرطبة ولم يذكر دليل النخيل والرطبة اذا شرط القيام عليهما حتى يذهب أصولهما لانه لانهاية لذلك فكان غير معلوم وفى نسخة فكان معلوما اه أقول فيه كلام أما أولا فلان كون قوله

حينئذ لايجوز أما اذا دفع النخيل أو أصول الرطبة على أن يقوم عليها معاملة مطلقا فيجوز اذا كان للرطبة جذاذ معلوم وتقع المعاملة فى النخيـل على أول ثمرة تخرج وفى الرطبة على أول جزة تجز وأما اذا لم يكن للرطبة جزاز معلوم فلا يجوز سواء قيد بذهاب أصولها أو أطلق أو لم يذكر شيأ وهو المراد من قوله أو أطلق فى الرطبة لان فى كل منهما جهالة المدة فى الرطبة بخـلاف النخيل فانه لو قيد بقوله دفعت كهما معاملة الى أن تذهب أصولها فلا يجوز وان أطلق عن ذلك فهو جائز وتقع المعاملة على أول ثمر يخرج فى تلك السنة وفى المبسوط فى باب المعاملة ولو دفع اليـه أصول رطبـة على ان يقوم عليها ويسقيها حتى تذهب أصولها وينقطع نبتها على ان الخارج بينهما نصفان فهذا فاسـد وكذلك النخـل والشجر لانه ليس لذلك نهاية معلومة فى العادة وجهالة المـدة فى المعاملات تفسد المعاملة وفى الايضاح والذخيرة ولو دفع الى رجل أصول رطبة ثابتة فى الارض معاملة ولم يسم سنة ولا أكثر من ذلك فهذا على وجهين فان لم يكن لجزازها وقت معلوم فالعقد فاسد وان كان لجزازها وقت معلوم فالعقد جائز وتقع على الجزة الاولى وهذا لان الرطبة مما تزداد طولا بطول المدة فمتى لم يكن وقت الجزاز معلوما كانت مدة المعاملة مجهولة بخلاف الثمر لان لادراكه وقتا معلوما اذا بلغ ذلك لايزداد بعد ذلك وان طال الزمان أما الرطبة بخلافها (قوله فالاصل فى النصوص أن تكون معلولة سيما على أصله) فانه يقول بالتعليل ولا تشترط اقامة الدليل على أن هذا النص معلول فى الحال فلا يستقيم منه دعوى قصر حكم المعاملة على النخيل والكرم باعتبار ورود الاثر فيهما (قوله بخلاف المزارعة بالاضافة الى صاحب البذر لما بينا) أى اذا امتنع

(قوله ولم يذكر دليل النخيل والرطبة) أقول فيه بحث (قوله ويشترط قيام الدليل الخ) أقول زائدا على شرط قيام دلالة التمييز بين وصف ووصف على أن هذا الوصف هو مناط الحكم (قوله لحوق دين فادح) أقول بالفاء

استحقاقا بغير عمل ولم يرد به الشرع بخلاف ماقبل ذلك لتحقق الحاجة الى العمل قال (واذا فسدت المساقاة فللعامل أجر مثله) لانه فى معنى الاجارة الفاسدة وصار كالمزارعة اذا فسدت قال (وتبطل المساقاة بالموت) لانها فى معنى الاجارة وقد بيناه فيها فان مات رب الارض والخارج بسر فللعامل أن يقوم عليه كما كان يقوم قبل ذلك الى أن يدرك الثمر وان كره ذلك ورثة رب الارض استحسانا فيبقى العقد دفعا للضرر عنه ولا ضرر فيه على الآخر (ولو التزم العامل الضرر يتخير ورثة الآخر بين أن يقسموا البسر على الشرط وبين أن يعطوه قيمة نصيبه من البسر وبين أن ينفقوا على البسر حتى يبلغ فيرجعوا بذلك فى حصة العامل من الثمر) لانه ليس له الحاق الضرر بهم وقد بينا نظيره فى المزارعة (ولو مات العامل فلورثته أن يقوموا عليه وان كره رب الارض) لان فيه النظر من الجانبين (فان أرادوا أن يصرموه بسرا كان صاحب الارض بين الخيارات الثلاثة) التى بيناها (وان ماتا جميعا فالخيار لورثة العامل) لقيامهم مقامه وهذا خلافة فى حق مالى وهو ترك الثمار على الاشجار الى وقت الادراك لا أن يكون وارثه فى الخيار (فان أبى ورثة العامل أن يقوموا عليه كان الخيار فى ذلك لورثة رب الارض) على ما وصفنا قال (واذا انقضت مدة المعاملة والخارج بسر أخضر فهذا والاول سواء وللعامل أن يقوم عليها الى أن يدرك لكن بغير أجر) لان الشجر لا يجوز استئجاره بخلاف المزارعة فى هذا لان

لانها تنمو ما تركت فى الارض دليل الرطبة وحدها ممنوع بل يمكن أن يجعل دليلا على المجموع لجريانه فى المجموع كيف لا ولا شك أن الدليل وهو قوله لانه ليس لذلك نهاية معلومة يعم المجموع فينبغى أن يعم ذلك الدليل أيضا المجموع عند امكان ذلك وأما ثانيا فلان ما ذكره من العذر لعدم ذكر المصنف دليل النخيل والرطبة اذا شرطا القيام عليهما حتى يذهب أصولهما ليس بتام أما على النسخة الاولى التى معناها لانه لا نهاية لذلك أى لزمان ذهاب أصولهما فكان أى المدة بتأويل الوقت غير معلوم فلانه يرد عليه انه انما يفيد تحقق تينك الصورتين أيضا ولا يتم عذرا العدم ذكر دليلهما كما هو المقصود وأما على النسخة الثانية التى معناها لانه لا نهاية لذلك فكان معلوما أى كان دليل تينك الصورتين معلوما الظهور افساد جهالة المدة العقد فلم يحتج الى ذكره فلانه يرد عليه أن يقتضى أن لا يذكر دليل الرطبة أيضا لان حاصل ذلك الدليل أيضا جهالة المدة فينبغى أن لا يذكر ذلك أيضا بناء على كونه معلوما فتأمل (قوله ولو التزم العامل الضرر يتخير ورثة الآخر بين أن يقتسموا البسر على الشرط وبين أن يعطوه قيمة نصيبه من البسر وبين أن ينفقوا على البسر حتى يبلغ فيرجعوا بذلك فى حصة العامل من الثمر) قال الامام الزيلعى فى شرح الكنز وفى رجوعهم فى حصته فقط اشكال وكان ينبغى أن يرجعوا عليه بجميعه لان العامل انما يستحق بالعمل وكان العمل كله عليه ولهذا اذا

صاحب البذر لا يجبر عليه لان فى القاء البذر فى الارض اتلافا لملكه فله ان لا يرضى به وهنا لا يحتاج رب الكرم فى ابقاء العقد الى اتلاف شئ من ماله فيلزم العقد من الجانبين ولا ينفرد واحد منهما بفسخه الا بعذر كسائر الاجارات (قوله بين الخيارات الثلاثة التى بيناها) أى ان شاؤا اجزوا البسر فقسموه على الشرط وان شاؤا أعطوه نصف قيمة البسر وصار البسر كله بينهم وان شاؤا أنفقوا على البسر حتى يبلغ ويرجعوا بالنفقة فى حصة العامل من الثمر كما مر فى المزارعة (قوله وهذا خلافة فى حق مالى) وترك الثمار على الاشجار الى وقت الادراك لا ان يكون وارثه فى الخيار جواب لان يقال خيار الشرط لا يورث فكيف يثبت الخيار لورثة العامل وفى المبسوط ولو ماتا جميعا كان الخيار فى القيام عليه أو فى تركه الى ورثة العامل لانهم يقومون مقام العامل وقد كان له فى حياته هذا الخيار بعد موت رب الارض فكذلك يكون لورثته بعد موته وليس هذا من باب توريث الخيار بل من باب خلافة الوارث المورث فيما هو حق مالى مستحق عليه وهو ترك الثمار على النخيل الى وقت الادراك (قوله لكن بغير اجر) أى على العامل فى معاملة نصيبه من الثمرة التى بقيت على الشجر بعد انقضاء المدة (قوله لان الشجر لا يجوز استئجاره) حتى لو اشترى ثمارا على الاشجار ثم استأجر الاشجار الى وقت الادراك لا يجب عليه أجر (قوله بخلاف المزارعة فى هذا) أى فيما اذا انقضت مدة المزارعة (قوله لان

(ولم يرد به الشرع) لانها جوزت بالاثر فيما يكون أجر العامل بعض الخارج قوله (واذا فسدت المساقاة) واضح وقوله (والخارج بسر فللعامل أن يقوم عليه) جواب الاستحسان ابقاء للعقد دفعا للضرر عنه وأما فى القياس فقد انتقضت المساقاة بينهما وكان البسر بين ورثة صاحب الارض وبين العامل نصفين ان شرطا أنصافا لان صاحب الارض استأجر العامل ببعض الخارج والاجارة تنتقض بموت أحد المتعاقدين والباقى واضح علم مما ذكر نظيره فى المزارعة وقوله (وهذا خلافة فى حق مالى) جواب عما يقال كان للمورث الخيار وقد مات والخيار لا يورث كما تقدم فى شرط الخيار وهو واضح وقوله (والخارج بسر أخضر فهذا والاول) يعنى صورة الموت (سواء والعامل بالخيار ان شاء عمل كما كان يعمل لكن بغير أجر لان الشجر لا يجوز استئجاره)

(قوله وقوله ولم يرد به الشرع لانها الخ) أقول فيه بحث (قال المصنف ويرجعوا بذلك فى حصة العامل) أقول قال العلامة

الارض

وان أبى خـير الآخر بين الخيارات الثلاث بخلاف المزارعة في هذا أي فيما اذا انقضت مدة المزارعة لان الارض يجوز استئجارها وكذلك العمل كله على العامل ههنا لما ذكره في الكتاب وهو واضح قال (وتفسخ بالاعذار لما بينا في الاجارات) يريد به قوله ولنا أن المنافع غير مقبوضة وهي المعقود عليها فصار العذر في الاجارة كالعيب قبل القبض الى آخره (وقد بينا وجوه العذر فيها) أي في الاجارة وكلامه واضح وقوله (فيه روايتان) يعني في كون ترك العمل عذرا روايتان في احداهما لا يكون عذرا ويجبر على (٤٠٣) ذلك لان العقد لازم لا يفسخ الا من عذر وهو ما يلحقه به ضرر وههنا ليس كذلك وفي الاخرى عذر وتاويله أن يشترط العمل بيده فاذا ترك ذلك العمل كان عذرا أما اذا دفع اليه النخيل على أن يعمل فيها بنفسه وباجرائه فعليه أن يستخلف غيره فلا يكون ترك العمل عذرا في فسخ المعاملة (ومن دفع أرضا بيضاء ليس فيها شجر الى رجل سنين معلومة يغرس فيها شجرا على أن تكون الارض والشجر بينهما نصفين لم يجز ذلك لاشتراط الشركة فيما كان حاصلا قبل الشركة) وهو الارض (وكان جميع الثمر والغرس لرب الارض وللغارس قيمة غرسه وأجر مثل عمله لانه في معنى

الارض يجوز استئجارها وكذلك العمل كله على العامل ههنا وفي المزارعة في هـذا عليهما لانه لما وجب أجر مثل الارض بعد انتهاء المدة على العامل لا يستحق عليه العمل وههنا لا أجر فجاز أن يستحق العمل كما يستحق قبل انتهائها قال (وتفسخ بالاعذار) لما بينا في الاجارات وقد بينا وجوه العذر فيها ومن جملتها أن يكون العامل سارقا يخاف عليه سرقة السعف والثمر قبل الادراك لانه يلزم صاحب الارض ضررا لم يلتزمه فتفسخ به ومنها مرض العامل اذا كان يضعفه عن العمل لان في الزامه استئجار الاجراء زيادة ضرر عليه ولم يلتزمه فيجعل ذلك عذرا ولو أراد العامل ترك ذلك العمل هل يكون عذرا فيه روايتان وتاويل احداهما أن يشترط العمل بيده فيكون عذرا من جهته (ومن دفع أرضا بيضاء الى رجل سنين معلومة يغرس فيها شجرا على أن تكون الارض والشجر بين رب الارض والغارس نصفين لم يجز ذلك) لاشتراط الشركة فيما كان حاصلا قبل الشركة لا بعمله (وجميع الثمر والغرس لرب الارض وللغارس قيمة غرسه وأجر مثله فيما عمل) لانه في معنى

اختيار المضي أو لم يمت صاحبه كان العمل كله عليه فلو رجعوا عليه بحصته فقط يؤدي الى استحقاق العامل بلا عمل في بعض المدة وكذا هذا الاشكال وارد في المزارعة أيضا انتهى وقال بعض الفضلاء بعد نقل ذلك قلت لا اشكال اذ معنى الكلام يرجعون في حصة العامل بجميع ما أنفقوا لا بحصته كما فهمه هذا العلامة انتهى أقول ما قاله ذلك البعض من المعنى خلاف ما صرحوا به في هذا المقام فان عبارة الكافي للعلامة النسفي وعبارة شرح الكافي للحاكم الشهيد وعبارة غاية البيان وغيرها هكذا وان شاؤا أنفقوا على البسر حتى يبلغ و يرجعوا بنصف نفقتهم في حصة العامل من الثمر كما مر في المزارعة انتهى ولا شك انها صريحة في ان ما يرجعون به نصف نفقتهم لا جميعها فانى يتيسر الحمل على خلاف ذلك (قوله ولو أراد العامل ترك ذلك العمل هل يكون عذرا فيه روايتان) قال في العناية يعني في كون ترك العمل عذرا روايتان في احداهما لا يكون عذرا و يجبر على ذلك لان العقد لازم لا يفسخ الا من عذر وهو ما يلحقه به ضرر وهنا ليس كذلك وفي الاخرى عذر اهـ أقول في تفسير كلام المصنف بالوجه المذكور خلل اذ يصير حاصل معناه حينئذ في كون ترك العمل عذرا روايتان احداهما كونه عذرا والاخرى عدم كونه عذرا فيؤدي الى كون الشيء ظرفا لنفسه ولنقيضه ولا يخفى بطلان ذلك والوجه عندي أن معنى قول المصنف فيه روايتان في جواب هذه المسئلة وهي قوله هل يكون عذرا فيه روايتان احداهما بالايجاب وهو أن يكون عذرا والاخرى بالسلب وهو أن لا يكون عذرا فحينئذ لا غبار فيه كما لا يخفى على الفطن (قوله وتاويل احداهما أن يشترط العمل بيده فيكون عذرا من جهته) أقول فيه أنه انما يكون عذرا من جهته أن لو ترك ذلك العمل اضطرارا بسبب حدوث مرض أو نحو ذلك وأما اذا تركه

الارض يجوز استئجارها) فان من اشترى زرعا في أرض ثم استأجر الارض مدة معلومة متجاوزة وجب المسمى وان استأجرها الى وقت ادراك الزرع وجب أجر المثل فاذا ظهر هذا الفرق ينبني عليه فرق آخر وهو أن العمل هنا عليهما بحسب ملكهما في الزرع لان رب الارض لما استوجب الاجر على العامل لا يستوجب عليه العمل في نصيبه بعد انتهاء المدة وهنا العمل على العامل في الكل لانه لا يستوجب رب النخل عليه أجرا بعد انقضاء المدة كما كان لا يستوجب عليه ذلك قبل انقضاء المدة فيكون العمل كله على العامل الى وقت الادراك كما قبل انقضاء المدة (قوله وتاويل احداهما أن يشترط العمل بيده فيكون عذرا من جهته) لانه تعذر عليه استيفاء المعقود

الزيلعي في رجوعهم في حصته فقط اشكال وكان ينبغي أن يرجعوا عليه بجميعه لان العامل انما يستحق بالعمل وكان العمل كله عليه ولهذا اذا اختار المضي ولم يمت صاحبه كان العمل كله عليه فلو رجعوا عليه بحصته فقط يؤدي الى أن العمل يجب عليهما حتى يستحق المؤنة بحصته فقط وهـذا خلف لانه يؤدي الى استحقاق العامل بلا عمل في بعض المدة وكذا هذا الاشكال وارد في المزارعة أيضا انتهى قلت لا اشكال اذ معنى الكلام يرجعون في حصة العامل بجميع ما أنفقوا لا بحصته كما فهمه هذا العلامة ثم أقول قوله لانه يؤدي الى استحقاق العامل بلا عمل في بعض المدة الخ يعني بعض هـذه المساقاة فانها تبقى استحسانا بخلاف ما اذا انقضت مدة العقد في المزارعة على ما مر لـ ن لك أن تقول بقاؤها استحسانا كان نظرا للعامل فاذا التزم الضرر ينتقض العقد صرح به في النهاية

قفيز الطحان اذهو استئجار ببعض مايخرج من عمله وهو نصف البستان فكان فاسدا وتعذر رد الغراس لاتصالها بالارض) فانه لوقلع الغراس وسلمها لم يكن تسليما الشجر بل يكون تسليما القطعة خشبة ولم يكن مشروطا بل المشروط تسليم الشجر بقوله على أن تكون الارض والشجر بين رب الارض والغارس نصفين فلما لم يمكن تسليمها شجرا وجب قيمتها وأجر مثله لانه لايدخل فى قيمة الغراس لانها أعيان متقومة بنفسها لامجانسة بينها وبين عمل العامل لانه متقوم بالعقد لاقيمة له فى نفسه (وفى تخريجها طريق آخر ذكره المصنف رحمه الله فى كفاية المنتهى) وهو شراء رب الارض نصف الغراس من العامل بنصف أرضه أو شراؤه جميع الغراس بنصف أرضه ونصف الخارج فكان عدم جواز هذا العقد لجهالة الغراس نصفها أو جميعها لكونها معدومة عند العقد لالكونه فى معنى قفيز الطحان قال المصنف رحمه الله (وهذا) يعنى المذكور فى الهداية (أصحهما) لانه نظير من استأجر صباغا ليصبغ ثوبه بصبغ نفسه على أن يكون نصف المصبوغ للصباغ فى أن الغراس آلة يجعل الارض بها بستانا كالصبغ للثوب فاذا فسدت الاجارة بقيت الآلة متصلة بملك صاحب الارض وهى متقومة فيلزمه قيمتها كما يجب على صاحب الثوب قيمة مازاد الصبغ فى ثوبه وأجر عمله والله سبحانه وتعالى أعلم

(قوله فانه لوقلع الغراس وسلمها لم يكن تسليما الشجر بل يكون تسليما القطعة خشبة ولم يكن مشروطا) أقول فيه بحث اذلا نسلم أنه حينئذ لم يكن تسليما الشجر ولعل معنى كلام المصنف أن العامل لما غرسه بامر رب الارض فى أرضه صار كان رب الارض فعل ذلك بنفسه فيصير قابضا للغرس بايصاله بارضه مستهلكا له بالعلوق فيها فتعذر الرد لعدم امكان تخليصه من الارض بتمامه كالصبغ من الثوب (قوله بل المشروط تسليم الشجر بقوله الخ) أقول فيه بحث فان تسليم الشجر ليس بالشرط بل لانه كان ملكا للغارس (قوله أو شراؤه جميع الغراس) أقول منظور فيه اذلا يمكن أن يكون

قفيز الطحان اذهو استئجار ببعض مايخرج من عمله وهو نصف البستان فيفسد وتعذر رد الغراس لاتصالها بالارض فيجب قيمتها وأجر مثله لانه لايدخل فى قيمة الغراس لتقومها بنفسها وفى تخريجها طريق آخر بيناه فى كفاية المنتهى وهذا أصحهما والله أعلم

بالاختيار فلا يظهر وجه كونه عذرا من جهته والكلام ههنا فى الترك الاختيارى لان الترك الاضطرارى انما يكون بسبب عذر مقرر وقد مر مسئلة جواز الفسخ بالاعذار رواية واحدة فذكر مسئلتنا هذه بعدها وبيان وقوع الروايتين فيها يدل على أن المراد بترك ذلك العمل فى قوله ولو أراد العامل ترك ذلك العمل هو الترك الاختيارى لاغير فتامل (قوله وتعذر رد الغراس لاتصالها بالارض) قال صاحب النهاية يعنى لوقلع الغراس وسلمها لم يكن تسليما الشجر الغراس بل يكون تسليما القطعة خشبة وهو ماشرط ذلك بل شرط تسليم الشجر بقوله على أن تكون الارض والشجر بين رب الارض والغارس نصفين فلما لم يكن تسليمها وهى نابتة وجب رد قيمتها اهـ واقتفى أثره فى شرح هذا المحل على هذا المنوال صاحب معراج الدراية وصاحب العناية واعترض بعض الفضلاء على قولهم لوقلع الغراس وسلمها لم يكن تسليما الشجر بل يكون تسليما القطعة خشبة حيث قال فيه بحث اذلا نسلم أنه حينئذ لم يكن تسليما الشجر اهـ أقول منع ذلك مكابرة لان الشجر على مانص عليه فى عامة كتب اللغة ما كان على ساق من نبات الارض فاذا قلع الغراس لم يصدق عليه هذا الحد فلا يطلق عليه لفظ الشجر فلا يكون تسليم المقلوع تسليما الشجر لامحالة بل يكون تسليما القطعة خشبة كما قاله هؤلاء الشراح نعم ان قولهم كان المشروط تسليم الشجر لاتسليم قطعة خشبة مستدرك لايجدى طائلا ههنا لان استحقاق الغارس للشجر ليس بمقتضى الشرط بل يكون الشجر ملكا له كما صرحوا به ولهذا يجب على رب الارض رد قيمة تمام الغراس مع كون المشروط أن يكون الارض والشجر بين رب الارض والغارس نصفين تدبر ترشد (قوله وفى تخريجها طريق آخر بيناه فى كفاية المنتهى) يعنى وفى تخريج هذه المسألة طريق آخر أى دليل آخر سوى ماذكرناه فى كتابنا هذا من طريق قفيز الطحان بيناه أى بينا ذلك الطريق الآخر فى كفاية المنتهى قال كثير من الشراح فى تفسير ذلك الطريق وهو شراء رب الارض نصف الغراس من العامل بنصف أرضه أو شراؤه جميع الغراس بنصف أرضه ونصف الخارج فكان عدم جواز هذا العقد لجهالة الغراس نصفها أو جميعها الا باعتبار معنى الاستئجار الذى هو فى معنى قفيز الطحان اهـ أقول يرد على الصورة الثانية مما ذكروه وهى قولهم أو شراؤه جميع الغراس بنصف أرضه ونصف الخارج أنها لاتصلح لان تكون طريق تخريج هذه المسئلة لان وضع هذه المسئلة على أن تكون الارض والشجر بين رب الارض والغارس نصفين وفى الصورة المذكورة يكون جميع الغراس لرب الارض فلا تتصور المناصفة فى الشجر

عليه (قوله وفى تخريجها طريق آخر) وهو أن يكون مشتريا نصف الغراس منه بنصف الارض والغراس مجهولة فلا يجوز (قوله وهذا أصحهما) ذكر فى مزارعة المبسوط بعد ذكر صورة المسئلة بجميع الثمر والغرس لرب الارض وللغارس قيمة غرسه واجر مثله فيما عمل ثم قال قد بينا فى المسئلة طريقين لمشايخنا رحمهم الله فى كتاب الاجارات أحدهما انه اشترى منه نصف الغرس بنصف الارض والآخر انه اشترى منه جميع الغرس بنصف الارض والاصح انه استأجر ليجعل أرضه بستانا بآلات نفسه على أن يكون أجره نصف البستان الذى يظهر بعمله وآلاته وذلك فى معنى قفيز الطحان فيكون فاسدا فعلى هذا قوله فى الكتاب وفى

(كتاب الذبائح) المناسبة بين المزارعة والذبائح كونهما اتلافا فى الحال للانتفاع فى المآل فان الزراعة انما تكون باتلاف الحب فى الارض للانتفاع بما نبت منها والذبح اتلاف الحيوان بازهاق روحه فى الحال للانتفاع بلحمه بعد ذلك واعلم أن العراقيين ذهبوا الى أن الذبح محظور عقلا ولكن الشرع أحله لان فيه اضرارا بالحيوان وقال شمس الائمة هذا عندى باطل

لان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يتناول اللحم قبل مبعثه ولا يظن به أنه كان يأكل ذبائح المشركين لانهم كانوا يذبحون باسماء الاصنام فعرفنا أنه كان يذبح ويصطاد بنفسه وما كان يفعل ما كان محظورا عقلا كالكذب والظلم والسفه وأجيب بانه يجوز أن يكون ما كان يأكل ذبائح أهل الكتاب وليس الذبح كالكذب والظلم لان المحظور العقلى ضربان ما يقطع بتحريمه فلا يرد الشرع باباحته الا عند الضرورة وما فيه نوع تجويز من حيث تصور منفعة فيجوز أن يرد الشرع باباحته ويقدم عليه قبله نظرا الى نفعه كالحجامة للاطفال وتداويهم بما فيه ألم ايلامهم والذكاة الذبح وأصل تركيب التذكية يدل على التمام ومنه ذكاء السن بالمد لنهاية الشباب وذكا النار بالقصر لتمام اشتعالها ومعنى

طريق تخريج مسئلة الكتاب لان الغراس فيما بينهما

(كتاب الذبائح)

(قوله المناسبة بين المزارعة والذبائح الخ) أقول ينبغى أن يبين المناسبة بين الذبائح والمساقاة فانه ذكر بعد كتاب المساقاة ويقول فى كلاهما اصلاح ما لا ينتفع به بالاكل فى الحال للانتفاع فى المآل (قوله لانهم كانوا يذبحون باسماء الاصنام) أقول ولك أن تقول حرمة ما أهل به لغير الله تعالى علمت بالشرع فلا يمتنع أكل ذبائح المشركين قبل ورود الشرع بحرمتها (قوله يجوز أن يكون ما كان يأكل ذبائح أهل الكتاب) أقول لفظة ما بمعنى الذى وقوله يأكل أى يأكله وقوله ذبائح خبر يكون والمعنى الذى كان يأكل رسول الله صلى الله عليه وسلم يجوز أن يكون ذبائح أهل الكتاب لا ذبائح المشركين

(كتاب الذبائح)

(كتاب الذبائح)

قال جمهور الشراح المناسبة بين المزارعة والذبائح كونهما اتلافا فى الحال للانتفاع فى المآل فان المزارعة انما تكون باتلاف الحب فى الارض للانتفاع بما ينبت منها والذبح اتلاف الحيوان بازهاق روحه فى الحال للانتفاع بلحمه بعد ذلك اه أقول يتجه على ظاهر ما ذكروه من المناسبة أنه انما يقتضى تعقيب المزارعة بالذبائح دون تعقيب المساقاة بالذبائح اذ لا اتلاف فى المساقاة والذى وقع فى ترتيب الكتاب تعقيب المساقاة بالذبائح لا تعقيب المزارعة بها فلا يتم التقريب اللهم الا أن يقال جعلوا المزارعة والمساقاة فى حكم شئ واحد بناء على اتحادهما فى أكثر الشرائط والاحكام كما تقرر فى مباحثهما فكانت المناسبة المذكورة بين المزارعة والذبائح بمنزلة المناسبة بين المساقاة والذبائح فاكتفوا بذلك وعن هذا ترى كثيرا من أصحاب معتبرات الفتاوى كالذخيرة والمحيط وفتاوى قاضيخان وغيرها اكتفوا بذكر كتاب المزارعة وجعلوا المساقاة بابا منها وعنونوها بالمعاملة وذكر كل واحدة من المزارعة والمساقاة فى الكتاب بكتاب على حدة لا يدل على استبداد كل واحدة منهما بذاتها واختصاصها بأحكامها بل يكفى جهة التغاير بينهما فى الجملة ألا يرى أنهم ذكروا الصرف بكتاب على حدة عقيب ذكرهم كتاب البيوع مع أنه من أنواع البيوع قطعا كما صرحوا به ثم ان الذبائح جمع ذبيحة وهى اسم ما يذبح كالذبح والذبح مصدر ذبح اذا قطع الاوداج كذا فى الكافى والكفاية اعلم أن بعض العراقيين من مشايخنا ذهبوا الى أن الذبح محظور عقلا لما فيه من ايلام الحيوان ولكن الشرع أحله قال شمس الائمة السرخسى فى المبسوط بعد نقل قولهم وهذا عندى باطل لان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يتناول اللحم قبل مبعثه ولا يظن به انه كان يأكل ذبائح المشركين لانهم كانوا يذبحون بأسماء الاصنام فعرفنا أنه كان يذبح ويصطاد بنفسه وما كان يفعل ما كان محظورا عقلا كالكذب والظلم والسفه انتهى وقال فى العناية بعد ذكر ذلك أجيب بأنه يجوز أن يكون ما كان يأكل ذبائح أهل الكتاب وليس الذبح كالكذب والظلم لان المحظور العقلى ضربان ما يقطع بتحريمه فلا يرد الشرع باباحته الا عند الضرورة وما فيه نوع تجويز من حيث تصور منفعة فيجوز أن يرد الشرع باباحته ويقدم عليه قبله نظرا الى نفعه كالحجامة للاطفال وتداويهم بما فيه ألم ايلامهم انتهى وقال العينى بعد نقل ما قاله شمس الائمة السرخسى والجواب المذكور فى العناية قلت كل من الكلامين لا يخلو عن نظر أما الاول فلانه يحتاج الى دليل على أنه كان يذبح بنفسه قبل البعثة وأما الثانى فكذلك يحتاج الى دليل على أنه كان يأكل من ذبائح أهل الكتاب فلم لا يجوز أنه لم يكن أكل شيأ من الذبيحة الا بعد البعثة انتهى أقول ليس هذا بشئ لان كون النبى صلى الله عليه وسلم يتناول اللحم قبل البعثة أمر متواتر لا يحتاج الى دليل والدليل على أنه كان يذبح بنفسه عند شمس الائمة أن لا يظن به عليه السلام أنه كان يأكل ذبائح المشركين كما ذكره والمجيب منع ذلك بناء على

تخريجها طريق آخر أى طريق الشراء وان كان فيه طريقان الا أن معنى الشراء يشملهما وطريق آخر طريق الاجارة وهو أصحهما وفى فتاوى قاضيخان رجل دفع الى رجل أرضا مدة معلومة على أن يغرس المدفوع اليه فيها أغراسا على أن ما يحصل من الاغراس والثمار يكون بينهما جاز والله أعلم بالصواب

(كتاب الذبائح)

قال (الذكاة شرط حل الذبيحة) لقوله تعالى الاماذكيتم ولان بها يتميز الدم النجس من اللحم الطاهر وكما يثبت به الحل يثبت به الطهارة فى المأكول وغيره فانها تنبئ عنها ومنه قوله عليه السلام ذكاة الارض يبسها وهى اختيارية كالجرح فيما بين اللبة واللحيين واضطرارية وهى الجرح فى أى موضع كان من البدن والثانى كالبدل عن الاول لانه لا يصار اليه الا عند العجز عن الاول وهذا آية البدلية وهذا لان الاول أعمل فى اخراج الدم والثانى أقصر فيه فاكتفى به عند العجز عن الاول اذ التكليف بحسب الوسع ومن شرطه أن يكون الذابح صاحب ملة التوحيد اما اعتقادا كالمسلم أودعوى كالكتابى وأن يكون حلالا خارج الحرم على ماتبينه ان شاء الله تعالى

جوازأنه كان يأكل ذبائح أهل الكتاب ولا يلزمه الدليل عليه ولا يحتاج اليه لكونه مانعا لا مستدلا فلا محل لنظره أصلا (قوله قال الذكاة شرط حل الذبيحة) قال فى غاية البيان وهذا وقع على خلاف وضع الكتاب لانه اذا ذكر لفظ قال فى أول المسئلة كان يشير به الى ماذكر فى الجامع الصغير أومختصر القدورى وهنا لم تقع الاشارة الى أحدهما ولهذا لم يذكره فى البداية وكان ينبغى أن لا يورد لفظ قال أو يقول قال العبد الضعيف مشيرا به الى نفسه انتهى وقال العينى بعد نقل ذلك قلت هذا تطويل بلا فائدة لانه ذكر فى مواضع كثيرة من الكتاب لفظة قال باضمار الفاعل وأراد به نفسه فهذا أيضا مثله ولا يلزم تعيين الفاعل الا يرى أنه عند اسناد القول الى القدورى محمد بن الحسن لم يصرح بفاعله وكذلك عند اسناده الى نفسه ولا يخفى هذا الا على من لم يميز مسائل القدورى من مسائل الجامع الصغير ومن لم يميز بينهما لم يستحق الخوض فى الهداية انتهى كلامه أقول الحق ماذكر فى غاية البيان وقول العينى ذكر فى مواضع كثيرة من الكتاب لفظة قال باضمار الفاعل وأراد به نفسه ان أراد به انه ذكره فى أول المسئلة فى مواضع كثيرة من الكتاب مشيرا بها الى نفسه فهو فرية بلا مرية فانه اذا ذكرها فى أول المسئلة كان يشير بها الى ماذكر فى الجامع الصغير أومختصر القدورى على الاطراد كما ذكره صاحب الغاية وان اراد بذلك أنه ذكرها فى غير أول المسئلة فى مواضع كثيرة من الكتاب مشيرا بها الى نفسه فهو واقع ولكن اذا ذكرها فى مثل تلك المواضع كان يقول قال العبد الضعيف على ماوقع فى النسخ القديمة أوقال رضى الله عنه على ماوقع فى النسخ الجديدة ولم يقع منه ذكر لفظة قال وحدها فى مثل تلك المواضع قط وهذا غير خاف على من له دراية باساليب كلام المصنف فالشارح العينى مكابر فيما ذكره ههنا (قوله لقوله تعالى الاماذكيتم) فان حكم مابعد الاستثناء يخالف ماقبله وقد قال الله تعالى قبله حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير الى آخره فاستثنى من الحرمة المذكى فيكون حلالا قال صاحب العناية والمرتب على المشتق معلول للصفة المشتق منها لكن لما كان الحل ثابتا بالشرع جعلت شرطا انتهى أقول ليس هذا الكلام منه بمعقول المعنى لان ثبوت الحل بالشرع مما لا ينافى كون الصفة المشتق منها

هى جمع ذبيحة وهى اسم مايذبح كالذبح والذبح مصدر ذبح اذا قطع الاوداج والذكاة الذبح اسم من ذكى الذبيحة تذكية اذا ذبحها وهى شرط لحل الذبيحة لقوله تعالى الاماذكيتم وحكم مابعد الاستثناء يخالف ماقبله (قوله فانها تنبئ عنها) أى الذكاة تنبئ عن الطهارة قال عليه الصلاة والسلام ذكاة الارض يبسها أى طهارة الارض أى اذا يبست من رطوبة النجاسة طهرت وطابت كما بالذكاة تطهر الذبيحة وتطيب كذا فى الصحاح والمغرب (قوله أودعوى كالكتابى) لانه يدعى التوحيد ثم انما تحل ذبيحة الكتابى فيما اذا لم يذكر وقت الذبح اسم عزير أواسم المسيح وأما اذا ذكر ذلك فلا تحل كما لا تحل ذبيحة المسلم اذا ذكر وقت الذبح غير اسم الله تعالى لقوله تعالى وما أهل به لغير الله فحال الكتابى فى ذلك لا يكون أعلى من حال المسلم (قوله

قوله (الذكاة شرط حل الذبيحة) الذبح شرط حل أكل مايؤكل لحمه من الحيوان لقوله تعالى الاماذكيتم بعد قوله حرمت عليكم الميتة والدم الخ استثنى من الحرمة المذكى فيكون حلالا والمترتب على المشتق معلول للصفة المشتق منه لكن لما كان الحل ثابتا بالشرع جعلت شرطا ولان غير المذكى ميتة وهى منصوص عليها بالحرمة ولان الدم حرام لنجاسته لما تلوناه وغير متميز من اللحم وانما يتميز بالذكاة فلا بد منها لتمييز النجس من الطاهر ولا يلزم الجراد والسمك لان حلهما بلا ذبح ثبت بالنص وكما يثبت بالذبح الحل فى المأكول يثبت به الطهارة فى غيره لان الذكاة تنبئ عن الطهارة ومنها قوله صلى الله عليه وسلم ذكاة الارض يبسها يعنى أنها اذا يبست من رطوبة النجاسة طهرت وطابت كما أن الذبيحة بالذكاة تطهر وتطيب (وهى) يعنى الذكاة (اختيارية كالجرح فيما بين اللبة) وهى الصدر (واللحيين واضطرارية وهو الجرح فى أى موضع كان من البدن) قوله (والثانى كالبدل عن الاول) واضح وانما قال كالبدل لان الابدال تعرف بالنص ولم يرد فيه وقد وجدت أمارة البدلية فقال كالبدل (ومن شرطه) أى ومن شرط الذبح أن يكون الذابح صاحب ملة التوحيد اما اعتقادا كالمسلم أودعوى كالكتابى فانه يدعى ملة التوحيد وانما تحل ذبيحته اذا لم يذكر وقت الذبح اسم عزير والمسيح لقوله تعالى

قال

(قوله والمرتب على المشتق معلول للصفة المشتق منها لكن لما كان الحل ثابتا بالشرع جعلت شرطا) أقول فيه بحث فان الثبوت بالشرع لا ينافى كون المشتق منه علة للحكم وذلك لا يخفى على أحد (قوله ولان غير المذكى ميتة الخ) أقول فيه بحث (قوله كما أن الذبيحة بالذكاة تطهر وتطيب) أقول فيه أن جعلها مشبها بها لا يلائم مرام المقام اذ المطلوب اثبات طهارتها (قوله كالكتابى فانه يدعى ملة التوحيد) أقول فيه شئ فان النصارى

قال (وذبيحة المسلم والكتابى حلال) لما تلونا ولقوله تعالى وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم ويحل اذا كان يعقل التسمية والذبيحة ويضبط وان كان صبيا أو مجنونا أو امرأة أما اذا كان لا يضبط ولا يعقل التسمية والذبيحة لا تحل لان التسمية على الذبيحة

التى هى الذكاة علة للحكم كما لا يخفى على ذى مسكة (قوله وذبيحة المسلم والكتابى حلال لما تلونا ولقوله تعالى وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم) عنى بقوله لما تلونا قوله تعالى الا ما ذكيتم وهو فى حق المسلم وقوله تعالى وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم فى حق الكتابى من باب اللف والنشر كذا ذكره تاج الشريعة وهو الاحسن عندى أيضا فى بيان مراد المصنف هنا قال صاحب العناية وقوله لما تلونا اشارة الى قوله تعالى الا ما ذكيتم ولما استشعر أن يقال الا ما ذكيتم عام مخصوص لخروج الوثنى والمرتد والمجوسى فلا يكون قاطعا فى الافادة ضم اليه قوله عز من قائل وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم الى هنا كلامه أقول فيه بحث أما أولا فلانا لا نسلم ان الخطاب فى قوله تعالى الا ما ذكيتم عام للكفار بل الظاهر أنه مخصوص بالمؤمنين كما يدل عليه السياق والسباق فى النظم الشريف ألا يرى أن ما قبله أول سورة المائدة وهو قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود أحلت لكم بهيمة الانعام الا ما يتلى عليكم غير محلى الصيد وأنتم حرم ولا شك أن الخطابات الواقعة هنا للمؤمنين خاصة ثم قال عز وجل حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله به والمنخنقة والموقوذة والمتردية والنطيحة وما أكل السبع الا ما ذكيتم وقال القاضى البيضاوى وغيره من المفسرين ان قوله تعالى حرمت عليكم الميتة الخ بيان لما يتلى عليكم فلا جرم يكون الخطاب فى حرمت عليكم والا ما ذكيتم للمؤمنين خاصة أيضا فلا يكون مما يعم الوثنى ونحوه ولئن سلم عمومه للوثنى ونحوه أيضا فلا نسلم أنه من قبيل العام الذى خص منه البعض بل هو من قبيل العام الذى نسخ بعضه باخراج الوثنى والمجوسى والمرتد من حكمه اذ قد تقرر فى علم الاصول أن التخصيص عندنا انما يطلق على قصر العام على بعض ما يتناوله بما هو مستقل موصول بالعام وأن قصره على بعض ما يتناوله بما هو مستقل غير موصول به هو النسخ لا التخصيص وأن الذى لا يكون قطعيا انما هو العام الذى خص منه بعض ما يتناوله دون العام الذى نسخ بعض ما يتناوله فانه يكون قطعيا فى الباقى بلا ريب ولا شك أن ما نحن فيه من قبيل الثانى دون الاول لان الذى يخرج الوثنى ونحوه غير موصول بقوله تعالى الا ما ذكيتم فكان قطعيا فى الافادة ولئن سلم كونه ظنيا غير قاطع فى الافادة فهو كاف فى افادة المطلوب هنا بلا حاجة الى ضم شئ آخر اذ قد تقرر فى علم الاصول أيضا أن الدليل الظنى يفيد وجوب العمل وان لم يفد وجوب الاعتقاد وما نحن فيه من العمليات وأما ثانيا فلان مثل ما ذكره صاحب العناية فى قوله تعالى الا ما ذكيتم يتجه على الاستدلال بقوله تعالى وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم بان يقال أيضا انه عام مخصوص لخروج ما لم يذكر اسم الله عليه فيقتضى أن يضم اليه أيضا دليل آخر وأما ثالثا فلان الضم المذكور انما يفيد فى حق ذبيحة الكتابى دون ذبيحة المسلم لاختصاص الدليل المضموم بالكتابى فيلزم أن يبقى الدليل

وذبيحة المسلم والكتابى حلال لما تلونا) وهو قوله تعالى الا ما ذكيتم وهو عام يتناول المسلم والكتابى وقوله تعالى وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم والمراد به طعام يلحقه حكم الذكاة من جهتهم لانه خص أهل الكتاب بالذكر وفيما لا تلحقه الذكاة يستوى الكتابى والمجوسى كالسمك وغيره (قوله ويحل اذا كان يعقل التسمية) قيل معناه أن يعلم حل الذبيحة بالتسمية والذبيحة وفى نسخة والذبحة أى شرائط الذبح من فرى الاوداج ونحوه (قوله ويضبط) أى يقدر على فرى الاوداج ويحسن القيام به (قوله

وما أهل به لغير الله ومن شرطه أن يكون حلالا خارج الحرم كما سيجئ قال (وذبيحة المسلم والكتابى حلال الخ) ذبيحة المسلم والكتابى ذميا كان أو حربيا حلال اذا أتى به مذبوحا وأما اذا ذبح بالحضور فلا بد من الشرط المذكور وهو أن لا يذكر غير اسم الله تعالى (وقوله لما تلونا) اشارة الى قوله تعالى الا ما ذكيتم ولما استشعر أن يقال الا ما ذكيتم عام مخصوص لخروج الوثنى والمرتد والمجوسى فلا يكون قاطعا فى الافادة ضم اليه قوله تعالى وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم قال البخارى فى صحيحه قال ابن عباس رضى الله عنهما طعامهم ذبائحهم واستدل بعض على ذلك بانه لو لم يحمل على ذلك لم يكن لتخصيص أهل الكتاب بالذكر فائدة فان المجوسى اذا اصطاد سمكة حل أكلها وفيه نظر فان التخصيص باسم العلم لا يدل على نفى ماعداه (ويحل اذا كان الذابح يعقل التسمية) قيل يعنى يعقل لفظ التسمية وقيل يعقل أن حل الذبيحة بالتسمية (والذبيحة) يعنى يقدر على الذبح ويضبطه أى يعلم شرائط الذبح من فرى الاوداج والحلقوم (وان كان) أى الذابح (صبيا أو مجنونا) قال فى النهاية أى معتوها لان المجنون لا قصد له ولا بد منه لان التسمية

مثلثة فكيف بدعوى ملة التوحيد (قوله ولما استشعر أن يقال الا ما ذكيتم عام) أقول ويمكن أن يقال بل الذى استشعر أن يقال الخطاب فى ذكيتم للمؤمنين كالخطاب فى عليكم فلا يدل على حل ذبيحة غيرهم وما ذكره الشارح لا يخلو عن البعد اذ يكفى الظن فى أمثاله مع أنه مشترك الورود ج ما لم يذكر اسم الله عليه من ذبائحهم من الآية الثانية أيضا فتامل (قوله فلا يكون قاطعا فى الافادة ضم اليه قوله تعالى الخ) أقول والحق أنه لا حاجة الى بيان العذر فان اثبات المطلوب بدلائل من الكتاب العزيز غير عزيز (قوله والذبيحة يعنى يقدر على الذبح) أقول فيكون الكلام من باب علفتها تبنا وماء باردا

شرط بالنص وذلك بالقصد وصحة القصد بما ذكرنا والاقلف والمختون سواء لما ذكرنا واطلاق الكتابي ينتظم الكتابي والذمي والحربي والعربي والتغلبي لان الشرط قيام الملة على مامر قال (ولا تؤكل ذبيحة المجوسي) لقوله عليه السلام سنوا بهم سنة أهل الكتاب غير ناكحي نسائهم ولا آكلي ذبائحهم ولانه لايدعي التوحيد فانعدمت الملة اعتقادا ودعوى قال (والمرتد) لانه لا ملة له فانه لا يقر على ما انتقل اليه بخلاف الكتابي اذا تحول الى غير دينه لانه يقر عليه عندنا فيعتبر ماهو عليه عند الذبح لا ما قبله قال (والوثني) لانه لا يعتقد الملة قال (والمحرم) يعني من الصيد (وكذا لا يؤكل ماذبح في الحرم من الصيد) والاطلاق في المحرم ينتظم الحل والحرم والذبح في الحرم يستوي فيه الحلال والمحرم وهذا لان الذكاة فعل مشروع وهذا الصنيع محرم فلم تكن ذكاة بخلاف ما اذا ذبح المحرم غير الصيد أو ذبح في الحرم غير الصيد صح لانه فعل مشروع اذ الحرم لا يؤمن الشاة وكذا لا يحرم ذبحه على المحرم

قاصرا عن افادة حل ذبيحة المسلم على مبنى زعم الشارح المزبور اللهم الا أن يدعى أن الدليل الثاني اذا أفاد حل ذبيحة الكتابي أفاد حل ذبيحة المسلم أيضا دلالة ثم ان المراد بالطعام في قوله تعالى وطعام الذين أوتوا الكتاب ذبائحهم قال البخاري في صحيحه قال ابن عباس طعامهم ذبائحهم واستدل صاحب الكافي وكثير من الشراح على ذلك بانه لو لم يحمل على ذلك لم يكن لتخصيص أهل الكتاب بالذكر فائدة اذ يستوي الكتابي وغيره فيما سوى الذبائح من الاطعمة فان المجوسي اذا اصطاد سمكة حل أكلها ورد عليهم صاحب العناية حيث قال بعد نقل استدلالهم المذكور وفيه نظر فان التخصيص باسم العلم لا يدل على النفي عما سواه اه أقول ليس ذلك بشئ اذ لا يخفى على الفطن أنه ليس مدار استدلالهم المذكور على أن التخصيص باسم العلم يدل على النفي عما سواه بل مرادهم كما ينادي عليه كلامهم أنه لو لم يحمل على ذلك لخلا تخصيص أهل الكتاب بالذكر في كلام رب العزة عن الفائدة تعالى عنه علوا كبيرا ولا يذهب عليك أن الاستدلال بهذا الوجه متمش على أصل من لا يقول بمفهوم المخالفة أيضا اذ لا يرضى أحد بخلو كلام الله تعالى عن الفائدة (قوله والاقلف والمختون سواء لما ذكرنا) اختلف الشراح في تعيين مراد المصنف بقوله لما ذكرنا فقال صاحب النهاية ومعراج الدراية وغاية البيان أراد به الآيتين المذكورتين وهما قوله تعالى الا ما ذكيتم وقوله تعالى وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم لان الخطاب عام ورده صاحب العناية حيث قال بعد نقله وفيه نظر لان عادته في مثله لما تلونا وقال تاج الشريعة أراد به قوله لان حل الذبيحة يعتمد الملة ورده أيضا صاحب العناية حيث قال بعد نقله أيضا وهذا ليس بمذكور في الكتاب أقول يمكن أن يقال من جانب تاج الشريعة ان ذلك وان لم يكن مذكورا في الكتاب صراحة الا أنه مذكور فيه ضمنا حيث قال فيما مر ومن شرطه أن يكون الذابح صاحب ملة التوحيد ثم قال صاحب العناية والاولى أن يجعل اشارة الى الآية والى قوله ولان به يتميز الدم النجس من اللحم الطاهر وعادته في مثله ذلك اه أقول فيه نظر لان قوله ولان به يتميز الدم النجس من اللحم الطاهر انما يدل على كون الذكاة شرط حل الذبيحة ولا يدل على أن أهل الذبح من هو كيف وتمييز الدم النجس من اللحم الطاهر يحصل بذبح الوثني والمجوسي والمرتد أيضا مع أن أحدا منهم ليس باهل للذبح قطعا وقول المصنف لما ذكرنا تعليل لاستواء الاقلف والمختون في الاهلية للذبح فكيف يصلح أن يجعل اشارة الى ما لا دلالة فيه على ذلك أصلا وهو قوله ولان به يتميز الدم النجس من اللحم الطاهر ثم أقول ههنا احتمال آخر أقرب مما ذكروا وهو أن يكون قوله لما ذكرنا اشارة الى قوله ويحل اذا كان يعقل التسمية والذبيحة ويضبط وان كان صبيا أو مجنونا أو امرأة فانه قد علم من ذلك أن مدار حل الذبيحة أن يكون الذابح ممن يعقل التسمية والذبيحة ويضبط ولا يخفى أن الاقلف والمختون

فيعتبر ماهو عليه عند الذبح لا ما قبله) حتى لو تمجس يهودي أو نصراني لم يحل صيده ولا ذبيحته بمنزلة ما لو كان مجوسيا في الاصل وان تهود مجوسي أو تنصر يؤكل صيده وذبيحته كما لو كان عليه في الاصل لانه يقر على ما اعتقد عندنا لانه صار بحيث يدعي التوحيد فلا يجوز اجباره على العود الى دعوى الاثنين فاذا كان مقرا على

شرط بالنص وهي بالقصد وصحة القصد بما ذكرنا يعني قوله اذا كان يعقل التسمية والذبيحة ويضبطه والاقلف والمختون سواء لما ذكرنا قيل أراد به الآيتين المذكورتين وفيه نظر لان عادته في مثله لما تلونا وقيل أراد به قوله لان حل الذبيحة يعتمد الملة وهذا ليس بمذكور في الكتاب والاولى أن يجعل اشارة الى الآية والى قوله ولان به يتميز الدم النجس من اللحم الطاهر وعادته في مثله ذلك قيل انما ذكر الاقلف احترازا عن قول ابن عباس رضي الله عنهما فانه يقول شهادة الاقلف وذبيحته لا تجوز وقوله واطلاق الكتابي ينتظم كذا ظاهر وقوله (لان الشرط قيام الملة) فيه نظر لان وجود الشرط لا يستلزم وجود المشروط ويمكن أن يجاب عنه بانه شرط في معنى العلة وقوله (ولا تؤكل ذبيحة المجوسي) واضح قوله (بخلاف الكتابي اذا تحول الى غير دينه) يريد به من أديان أهل الكتاب أما اذا تمجس

(قوله ويمكن أن يجاب بانه شرط في معنى العلة) أقول ويجوز أن يجاب أيضا بانه لا مانع يتصور منه حل ذبيحته اذا أتى سائر الشرائط غير قضية الملة فاذا لم يكن مانعا أيضا يحل

فلا تؤكل ذبيحته قال (وان ترك الذابح التسمية الخ) ان ترك الذابح التسمية عند الذبح اختياريا كان أو اضطراريا عامدا كان أو ناسيا قال الشافعي رحمه الله بشمول الجواز ومالك بشمول العدم وعلماؤنا رحمهم الله فصلوا ان تركها عامدا فالذبيحة ميتة لا تؤكل وان تركها ناسيا أكل استدل الشافعي بقوله صلى الله عليه وسلم المسلم يذبح على اسم الله تعالى سمى أو لم يسم سوى بين التسمية وعدمها والشرط لا يكون كذلك وبان التسمية لو كانت شرطا للحل لما سقطت بعذر النسيان كالطهارة في باب الصلاة فانها لما كانت شرطا لم تجز صلاة من نسي الطهارة لكنها سقطت بعذر النسيان سلمنا أنها شرط لكن الملة أقيمت مقامها كما في الناسي والجواب عن الحديث ماذكره في الكتاب انه محمول على حالة النسيان دفع التعارض بينه وبين حديث عدي بن حاتم على مانذكره وعن الاستدلال بانا لا نسلم الملازمة فانها تفضي الى التسوية بين العمد والنسيان والتسوية بين العمد والنسيان معهودة فيما اذا كان على الناسي هيئة مذكرة كالاكل في الصلاة والجماع في الاحرام وههنا ان لم تكن هيئة توجب النسيان وهي ما يحصل للذابح عند زهوق روح حيوانه من تغير الحال فليس هيئة مذكرة بوجوده ولمانع أن يمنع بطلان التالي أيضا على مذهب مالك رحمه الله وعن التنزل بما ذكره في الكتاب يعني أن اقامة الملة مقام التسمية في حق الناسي وهو معذور لا يدل في حق العامد ولا عذر له وأما ماشنع به المصنف رحمه الله بكون ماذهب اليه الشافعي رحمه الله مخالفا للاجماع فواضح واستدل مالك رحمه الله بظاهر قوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه فان فيه النهي بابلغ وجوهه وتأكيده بمن الاستغراقية عن أكل متروك التسمية وهو باطلاقه يقتضي الحرم من غير فصل وهو أقرب لامحالة من مذهب الشافعي رحمه الله لانه مذهب ابن

قال (وان ترك الذابح التسمية عمدا فالذبيحة ميتة لا تؤكل وان تركها ناسيا أكل وقال الشافعي أكل في الوجهين وقال مالك لا يؤكل في الوجهين والمسلم والكتابي في ترك التسمية سواء وعلى هذا الخلاف اذا ترك التسمية عند ارسال البازي والكلب وعند الرمي وهذا القول من الشافعي مخالف للاجماع فانه لا خلاف فيمن كان قبله في حرمة متروك التسمية عامدا وانما الخلاف بينهم في متروك التسمية ناسيا فمن مذهب ابن عمر رضي الله عنهما أنه يحرم ومن مذهب علي وابن عباس رضي الله عنهم أنه يحل بخلاف متروك التسمية عامدا ولهذا قال أبو يوسف والمشايخ رحمهم الله ان متروك التسمية عامدا لا يسع فيه الاجتهاد ولو قضى القاضي بجواز بيعه لا ينفذ لكونه مخالفا للاجماع له قوله عليه السلام المسلم يذبح على اسم الله تعالى سمى أو لم يسم ولان التسمية لو كانت شرطا للحل لما سقطت بعذر النسيان كالطهارة في باب الصلاة ولو كانت شرطا فالملة أقيمت مقامها كما في الناسي

لا يتفاوتان في ذلك وكانا سواء في حكم حل ذبيحتهما اذا رتقوم (قوله وان ترك الذابح التسمية عمدا فالذبيحة ميتة لا تؤكل وان تركها ناسيا أكل وقال الشافعي تؤكل في الوجهين وقال مالك لا تؤكل في الوجهين) قال صاحب العناية في شرح هذا المحل ان ترك الذابح التسمية عند الذبح اختياريا كان أو اضطراريا عامدا أو ناسيا قال الشافعي بشمول الجواز ومالك بشمول العدم وعلماؤنا فصلوا ان تركها عامدا فالذبيحة ميتة لا تؤكل وان تركها ناسيا أكل اهـ أقول كانه حسب أنه أتى في شرح هذا المحل بكلام مجمل جامع لاقسام المسئلة كلها لكنه أخل بحق المقام في تحريره هذا أما أولا فلان قوله عند الذبح ينافي تعميم الذبح للاختياري والاضطراري كما يقتضيه قوله اختياريا كان أو اضطراريا بالاشتمام صرحوا بان كون التسمية عند الذبح انما تشترط في الذكاة الاختيارية وأما في الاضطرارية فيشترط كون التسمية عند الارسال والرمي لا غير وسيجيء ذلك في الكتاب أيضا وأما ثانيا فلان قول المصنف والشارح المزبور أيضا فيما بعد وعلى هذا الخلاف اذا ترك التسمية عند ارسال البازي والكلب وعند الرمي ينافي تعميم الذبح في مسئلتنا هذه للاختياري والاضطراري اذ الظاهر أن القياس المستفاد من قوله وعلى هذا الخلاف اذا ترك التسمية عند ارسال البازي الى آخره يقتضي عدم دخول المقيس في جانب المقيس عليه (قوله له قوله عليه السلام المسلم يذبح على اسم الله تعالى سمى أو لم يسم) أقول فيه أن دليله هذا قاصر عن افادة تمام مدعاه لان المسلم والكتابي في ترك التسمية

ما اعتقده التحق بما كان عليه في الاصل (قوله لان التسمية لو كانت شرطا للحل لما سقط بعذر النسيان كالطهارة في باب الصلاة) لانها لو كانت التسمية من شرائط الحل كان مأمورا بها وفي المأمور لا فرق بين

 عمر رضي الله عنهما والجواب أنه غير مجرى على ظاهره اذ لو أريد به لجرت المحاجة وظهر الانقياد وارتفع الخلاف في الصدر الاول لان ظاهر ما يدل عليه اللفظ لا يخفى على أهل اللسان وفي ذلك أيضا من الحرج مالا يخفى اذ الانسان كثير النسيان والحرج مدفوع بقوله تعالى وما جعل عليكم في الدين من حرج فيحمل على حالة العمد دفعا للتعارض وانما قوله تعالى ولا تأكلوا مما لم

(قوله المسلم يذبح على اسم الله سمى أو لم يسم) أقول ظاهره اقامة الاسلام مقام التسمية (قوله دفعا للتعارض بينه وبين حديث الخ) أقول ولئلا يلزم تخصيص الكتاب بالخبر الواحد (قوله واستدل مالك بظاهر قوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه) أقول ظاهر كلامه يدل على أن المراد بقول المصنف ومالك احتج بظاهر ماذكرناه والآية الكريمة فيخالف ما سلفه في الدرس السابق أن عادته في مثله لما تلونا (قوله ووجه الاستدلال أن السلف) أقول يعني القرن الثالث والا فمذهب عطاء أنه لا يحرز أكل شيء مادون ذكر اسم الله عليه أو المراد أكثر السلف وفيه

يذكر اسم الله عليه ووجه الاستدلال أن السلف أجمعوا أن المراد به الذكر حال الذبح لا غير وصلة على تدل على ان المراد به الذكر باللسان يقال
ذكر عليه اذا ذكر باللسان وذكره اذا ذكر بالقلب وقوله (ولا تأكلوا عام مؤكد بمن الاستغراقية التي تفيد التأكيد)

ولنا الكتاب وهو قوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه الآية نهى وهو للتحريم والاجماع وهو ما بينا والسنة وهو حديث عدي بن حاتم الطائي رضي الله عنه فانه عليه السلام قال في آخره فانك انما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك علل الحرمة بترك التسمية ومالك يحتج بظاهر ما ذكرنا اذ لا فصل فيه ولكنا نقول في اعتبار ذلك من الحرج ما لا يخفى لان الانسان كثير النسيان والحرج مدفوع والسمع غير مجرى على ظاهره

سواء كما مر آنفا وهذا الحديث انما ينتهض حجة في حق المسلم وحده (قوله ولنا الكتاب وهو قوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه نهى وهو للتحريم) قال في العناية توجيه الاستدلال أن السلف أجمعوا على أن المراد به الذكر حال الذبح لا غير وصلته على تدل على أن المراد به الذكر باللسان يقال ذكر عليه اذا ذكر باللسان وذكره اذا ذكر بالقلب وقوله ولا تأكلوا عام مؤكد بمن الاستغراقية التي تفيد التأكيد وتأكيد العام ينفي احتمال الخصوص فهو غير محتمل للتخصيص فيعم كل ما لم يذكر اسم الله عليه حال الذبح عامدا كان أو ناسيا الا أن الشرع جعل الناسي ذاكرا العذر كان من جهته وهو النسيان فانه من الشرع باقامة الملة مقام الذكر دفعا للحرج كما أقام الاكل ناسيا مقام الامساك في الصوم لذلك انتهى أقول فيه كلام أما أولا فلان مقتضى قوله ان السلف أجمعوا على أن المراد به الذكر حال الذبح لا غير أن يكون قوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه دالا على ان لا يؤكل المذبوح بالذبح الاضطراري أصلا لان ذكر اسم الله عليه انما يكون حال الارسال والرمي لا حال الذبح كما نصوا عليه فكان مما لم يذكر اسم الله عليه حال الذبح فلزم أن يدخل تحت النهي عن الاكل في الآية المذكورة مع أن حل أكل المذبوح بالذبح الاضطراري اذا ذكر اسم الله عليه حال الارسال والرمي مجمع عليه بلا ريب وأما ثانيا فلان قوله الا أن الشرع جعل الناسي ذاكرا العذر كان من جهته وهو النسيان ينافي قوله فيما قبل فهو غير محتمل للتخصيص فيعم كل ما لم يذكر اسم الله عليه حال الذبح عامدا كان أو ناسيا لان جعل الشرع الناسي ذاكرا لا يتصور بدون تخصيص الناسي من عموم قوله تعالى مما لم يذكر اسم الله عليه كان عامدا وناسيا وتخصيص الشيء مما هو غير محتمل للتخصيص غير متصور وأيضا فتحقق التنافي بين الكلامين تأمل تقف (قوله ومالك يحتج بظاهر ما ذكرنا اذ لا فصل فيه)

النسيان والعمد في العمل كقطع الحلقوم والاوداج والتكبير والقراءة في الصلاة وانما يقع الفرق في المزجور كالاكل والشرب في الصوم لان موجب النهي الانتهاء والناسي يكون منتهيا اعتقادا فاما موجب الامر الائتمار والتارك ناسيا أو عامدا لا يكون مؤتمرا (قوله والسنة وهو حديث عدي) وهو قوله عليه الصلاة والسلام اذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله عليه فكل فان شارك كلبك كلب آخر فلا تأكل فانك انما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك فعلل الحرمة بانه لم يسم على كلب غيره فهو دليل الحرمة اذا لم يسم على كلب نفسه (قوله والسمع غير مجرى على ظاهره) هذا جواب عن قول مالك رحمه الله حيث يحتج بظاهر قوله ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه لان ذبيحة الناسي مختلفة في الصدر الاول ولم يجز الاحتجاج بينهم بظاهر النص ولو أريد به ظاهره لجرت المحاجة بينهم وظهر الانقياد من المخالفين فارتفع الخلاف بينهم فان قيل الناسي مخصوص من النص فخص العامد بالقياس قلنا الناسي ليس بمخصوص منه لانه ذاكر تقديرا لقيام الملة مقام الذكر فان قيل فليقم الملة مقام الذكر في حق العامد أيضا قلنا اقامة الملة مقام التسمية في حق الناسي بالحديث وهو معذور مستحق للنظر والتخفيف لا يدل على اقامتها مقامها في حق العامد وهو غير معذور ولان الناسي لا يخلو من أن يكون مرادا منه أو لم يكن فان كان مرادا لا يكون مخصوصا وحينئذ يلزم ارادة العامد بالطريق الاولى وان لم يكن مرادا يلزم ارادة العامد صونا للنص عن التعطيل فان قيل النص مجمل فانه لا يدرى أنه أريد به حال الذبح أو حال الطبخ أو حال الاكل والاحتجاج بالمجمل لا يصح قلنا أجمع السلف

وتأكيد العام ينفي احتمال الخصوص فهو غير محتمل للتخصيص فيعم كل ما لم يذكر اسم الله عليه حال الذبح عامدا كان أو ناسيا الا أن الشرع جعل الناسي ذاكرا العذر كان من جهته وهو النسيان فانه من الشرع باقامة الملة مقام الذكر دفعا للحرج كما أقام الاكل ناسيا مقام الامساك في الصوم لذلك ومجال الكلام في الآية واسع وقد قررناه في الانوار والتقرير (والاجماع وهو ما بيناه) يريد به ما ذكره في التشنيع بقوله فانه لا خلاف فيمن كان قبله في حرمة متروك التسمية عامدا وانما الخلاف بينهم في متروك التسمية ناسيا الخ (والسنة) وهو حديث عدي بن حاتم الطائي فانه صلى الله عليه وسلم حين سأله عدي عما اذا وجد مع كلبه كلبا آخر قال لا تأكل فانك انما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك علل الحرمة بترك التسمية والمسلم والكتابي في ترك التسمية سواء وعلى هذا الخلاف اذا ترك التسمية عند ارسال البازي والكلب وعند الرمي لكنها في ذكاة الاختيار تشترط عند الذبح وهي على المذبوح وفي الصيد تشترط عند الارسال والرمي وهي على الآلة لان الطاعة بحسب الطاقة والمقدور له في الاول الذبح وفي الثاني الرمي والارسال وقد فرع على ذلك في الكتاب تفريعات وهي واضحة

اذ

حاشيه (قوله وهو النسيان فانه من الشرع) أقول الضمير في قوله فانه راجع الى النسيان

اذلو أريد به لجرت المحاجة وظهر الانقياد وارتفع الخلاف في الصدر الاول والاقامة في حق الناسي وهو معذور لا يدل عليها في حق العامد ولا عذر وما رواه محمول على حالة النسيان ثم التسمية في ذكاة الاختيار تشترط عند الذبح وهي على المذبوح وفي الصيد تشترط عند الارسال والرمي وهي على الآلة لان المقدور له في الاول الذبح وفي الثاني الرمي والارسال دون الاصابة فتشترط عند فعل يقدر عليه حتى اذا أضجع شاة وسمى فذبح غيرها بتلك التسمية لا يجوز ولو رمى الى صيد وسمى وأصاب غيره حل وكذا في الارسال ولو أضجع شاة وسمى ثم رمى بالشفرة وذبح بالاخرى أكل ولو سمى على سهم ثم رمى بغيره صيدا لا يؤكل قال (ويكره أن يذكر مع اسم الله تعالى شيأ غيره وأن يقول عند الذبح اللهم تقبل من فلان) وهذه ثلاث مسائل احداها ان يذكر موصولا لا معطوفا فيكره ولا تحرم الذبيحة وهو المراد بما قال ونظيره أن يقول باسم الله محمد رسول الله لان الشركة لم توجد فلم يكن الذبح واقعا له الا أنه يكره لوجود القران صورة فيتصور بصورة المحرم والثانية أن يذكر موصولا على وجه العطف والشركة بان يقول باسم الله واسم فلان أو يقول باسم الله وفلان أو باسم الله ومحمد رسول الله بكسر الدال فتحرم الذبيحة لانه أهل به لغير الله والثالثة أن يقول مفصولا عنه صورة ومعنى بان يقول قبل التسمية وقبل أن يضجع الذبيحة أو بعده وهذا لا بأس به لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال بعد الذبح اللهم تقبل هذه عن أمة محمد ممن شهد لك بالوحدانية ولي بالبلاغ والشرط هو الذكر الخالص المجرد على ما قال ابن مسعود رضي الله عنه جردوا التسمية حتى لو قال عند الذبح اللهم اغفر لي لا يحل لانه دعاء وسؤال ولو قال الحمد لله أو سبحان الله يريد التسمية حل

قال في غاية البيان أي لا فصل في ظاهر ما ذكرنا من الآية لان قوله مما لم يذكر اسم الله عليه يشمل العمد والنسيان جميعا لعدم القيد باحدهما انتهى وقال في العناية استدل مالك بظاهر قوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه فان فيه النهي بابلغ وجه وهو تأكيده بمن الاستغراقية عن أكل متروك التسمية وهو باطلاقه يقتضي الحرمة من غير فصل انتهى أقول الظاهر مما ذكر في هذين الشرحين أن يكون مراد المصنف بقوله ما ذكرنا في قوله ومالك يحتج بظاهر ما ذكرنا هو قوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه فيرد عليه ان يقال ان عادته في مثله ان يقول ما تلونا فما معنى المخالفة لها ههنا وقد مر نظير هذا من صاحب العناية في الصفحة الاولى فالاظهر عندي أن يكون مراده بقوله ما ذكرنا في قوله ومالك يحتج بظاهر ما ذكرنا مجموع ما ذكره من الكتاب والسنة لا الكتاب وحده فلا يلزمه ترك عادته لان عادته أن يقول لما تلونا فيما اذا أراد الكتاب وحده وأن يقول لما روينا فيما اذا أراد السنة وحدها فلما أراد مجموعهما ههنا أتى بكلمة جامعة فقال ومالك يحتج بظاهر ما ذكرنا يعني قوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه لحديث عدي بن حاتم الطائي اذ لا فصل في ظاهر كل منهما كما ترى

على ان المراد به حال الذبح لا سائر الاحوال فلا يكون مجملا (قوله والاقامة في حق الناسي وهو معذور لا يدل عليها في حق العامد ولا عذر) جواب عن قول الشافعي رحمه الله (قوله وما رواه) أي الشافعي رحمه الله وهو قوله صلى الله عليه وسلم المسلم يذبح على اسم الله تعالى سمى أو لم يسم (قوله وهذه ثلاث مسائل) احداهما أن تكون موصولا لا معطوفا فيكره ولا يحرم الذبيحة ونظيره ان يقول بسم الله محمد رسول الله ان قال بالرفع يحل وان قال بالخفض لا يحل هكذا ذكر في النوازل وقال بعضهم هذا اذا كان يعرف النحو وقال بعضهم على قياس ما روي عن محمد رحمه الله ان لا يرى الخطأ في النحو معتبرا في باب الصلاة ونحوها لا تحرم الذبيحة كذا في الذخيرة وذكر الامام التمرتاشي رحمه الله ذكر اسم الله واسم الرسول موصولا بغير واو فهذا على أوجه اما ان ينصب محمدا أو يخفضه أو يرفعه وفي كلها يحل لان اسم الرسول غير مذكور على سبيل العطف فيكون مبتدأ لكن يكره لوجود الوصل صورة وان ذكر مع الواو ان خفضه لا يحل لانه يصير ذابحا بهما وان رفعه يحل لانه كلام مبتدأ وان نصبه اختلفوا فيه وعلى هذا القياس لو سمى آخر مع اسم الله تعالى

قال (ويكره أن يذكر مع اسم الله تعالى شيأ غيره الخ) المسائل المذكورة ظاهرة وقوله (ومحمد رسول الله بكسر الدال) يشير الى أنه لو قال غير مكسور لا يحرم قيل هذا اذا كان يعرف النحو وقال التمرتاشي ان خفضه لا يحل لانه يصير ذابحا بهما وان رفعه حل لانه كلام مبتدأ وان نصبه اختلفوا فيه فقال بعضهم على قياس ما روى عن محمد رحمه الله أنه لا يرى الخطأ في النحو معتبرا في باب الصلاة ونحوها لا يحرم وقوله (حتى لو قال عند الذبح) اشارة الى أنه لو قدمه أو أخره لا بأس به (ولو قال سبحان الله والحمد لله يريد التسمية حل بلا خلاف) والفرق لابي يوسف رحمه الله بين هذا وبين التكبير أن المأمور به ههنا الذكر

قوله فقال بعضهم على قياس ما روى عن محمد انه لا يرى الخطأ في النحو معتبرا في باب الصلاة ونحوها لا يحرم)

قال الله تعالى فاذكروا اسم الله عليها صواف أى قائمات صففن ايديهن وأرجلهن وهنالك التكبير و بهذه الالفاظ لا يكون مكبرا (ولو عطس عند الذبح فقال الحمد لله لا يحل فى أصح الروايتين) والفرق لابى حنيفة رحمه الله بين هذا و بين الخطيب اذا عطس يوم الجمعة على المنبر فقال الحمد لله انه يجوز أن يصلى الجمعة بذلك القدر فى احدى الروايتين عنه بان المامور به هنالك ذكر الله مطلقا قال الله تعالى فاسعوا الى ذكر الله وههنا الذكر على الذبح (والذبح بين الحلق واللبة وفى الجامع الصغير لا باس بالذبح فى الحلق كله وسطه وأعلاه وأسفله) وأتى بلفظ الجامع الصغير لان فيه بيانا ليس فى رواية القدورى وذلك لان فى رواية القدورى الذبح بين الحلق واللبة وليس بينهما مذبح غيرهما فيحمل على مايدل عليه لفظ الجامع الصغير والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم الذكاة مابين اللبة واللحيين وهو يقتضى جواز الذبح فوق الحلق قبل العقدة لانه وان كان قبل العقدة فهو بين اللبة واللحيين وهو دليل ظاهر للامام الرستغفنى رحمه الله فى حل مابقى عقدة الحلقوم مما يلى الصدر ورواية المبسوط أيضا تساعده ولكن صرح فى ذبائح الذخيرة أن الذبح اذا وقع أعلى من الحلقوم لا يحل وكذلك فى فتاوى أهل سمرقند لانه ذبح فى غير المذبح وهو مخالف لظاهر الحديث كما ترى ولان مابين اللبة واللحيين مجمع العروق والمجرى فيحصل بالفعل فيه انهار الدم على أبلغ الوجوه وكان حكم الكل سواء ولا معتبر بالعقدة قال (والعروق التى تقطع فى الذكاة الخ) العروق التى تقطع فى الذكاة أربعة الحلقوم والمرىء والودجان واختلف العلماء رحمهم الثلاث

ولو عطس عند الذبح فقال الحمد لله لا يحل فى أصح الروايتين لانه يريد به الحمد على نعمه دون التسمية وما تداولته الالسن عند الذبح وهو قوله باسم الله والله أكبر منقول عن ابن عباس رضى الله عنهما فى قوله تعالى فاذكروا اسم الله عليها صواف قال (والذبح بين الحلق واللبة) وفى الجامع الصغير لا باس بالذبح فى الحلق كله وسطه وأعلاه وأسفله والاصل فيه قوله عليه السلام الذكاة ما بين اللبة واللحيين ولانه مجمع المجرى والعروق فيحصل بالفعل فيه انهار الدم على أبلغ الوجوه فكان حكم الكل سواء قال (والعروق التى تقطع فى الذكاة أربعة الحلقوم والمرىء والودجان) لقوله عليه السلام أفر الاوداج بما شئت وهى اسم جمع وأقله

(قوله لقوله عليه السلام أفر الاوداج بما شئت) قال تاج الشريعة الفرى القطع للاصلاح والافراء القطع للافساد فيكون كسر الهمزة هنا أليق انتهى واقتفى أثره صاحب الكفاية والعناية غير أن صاحب الكفاية أتى بعين لفظه وأما صاحب العناية فذكر لفظ أنسب بدل لفظ أليق وقال ولهذا قال المصنف بعد هذا لو رود الامر بفريه أقول فيما ذكره هؤلاء الشراح نظر لان صاحب القاموس عمم الفرى والافراء للاصلاح والافساد بلا فرق بينهما حيث قال فراه يفريه شقه فاسدا أو صالحا كفراه وأفراه انتهى فعلى هذا لا يتم ماذكروه أصلا وأما صاحب المغرب فقد ذكر الفرق بينهما الا أنه جعل الذبح من قبيل الافراء دون الفرى حيث قال عن أبى عبيد والفرق بين الافراء والفرى أنه قطع للافساد وشق كما يفرى الذابح والسبع والفرى قطع للاصلاح كما يفرى الخراز الاديم انتهى فعلى هذا لا يتم قولهم فيكون كسر الهمزة هنا أليق اذ لا شك أن الذبح اذا كان من قبيل الافراء دون الفرى كان فتح الهمزة هنا هو الاليق والانسب ثم ان صاحب المغرب قال وقد جاء فرى بمعنى أفرى أيضا الا أنه لم يسمع به فى الحديث انتهى فعلى هذا الاجمال لكسر الهمزة فى الحديث لكونه غير مسموع فيه فضلا عن أن يكون أليق وأنسب وأما قول المصنف فيما بعد فى أثناء تعليل قول محمد ولو رود الامر بفريه فلعله جرى منه على استعمال فرى بمعنى أفرى أيضا كما ذكر فى المغرب ولا ينافيه عدم السماع به فى الحديث لان ماذكره فيما بعد لفظ نفسه لا لفظ الحديث أو اختيار منه لعدم الفرق بين الفرى والافراء مطلقا كما ذكره فى القاموس هكذا ينبغى أن يفهم هذا المقام (قوله وهى اسم جمع وأقله

(قوله منقول عن ابن عباس رضى الله عنه) أى فى قوله تعالى فاذكروا اسم الله عليها صواف وذكر فى ذبائح الذخيرة قال البقالى والمستحب أن يقول بسم الله الله أكبر بدون الواو فان قال مع الواو يكره لانه يقطع فور التسمية (قوله وفى الجامع الصغير لا بأس بالذبح فى الحلق كله وسطه وأعلاه وأسفله) وانما أعاد لفظ الجامع الصغير لان فيه بيان ان محل الذبح الحلق وليس ذلك فى قوله الذبح بين الحلق واللبة وهو رواية المبسوط فاطلاق هذه الرواية يقتضى ان يحل المذبوح وان وقع الذبح أعلى من الحلقوم لكونه مابين اللبة واللحيين وقد صرح فى ذبائح الذخيرة بان الذبح اذا وقع أعلى من الحلقوم أو أسفل منه لا يحل وفى فتاوى أهل سمرقند قصاب ذبح الشاة فى ليلة مظلمة فقطع أعلى من الحلقوم أو أسفل منه يحرم أكلها لانه ذبح فى غير المذبح وهو الحلقوم فظهر ان رواية الجامع الصغير مقيدة لرواية المبسوط ومخالفة لما ذكر فى فوائد الامام الرستغفنى رحمه الله سئل عمن ذبح شاة فبقيت عقدة الحلقوم مما يلى الصدر وكان يجب ان يبقى مما يلى الرأس أيؤكل أم لا قال هذا قول العوام من الناس وليس هذا بمعتبر ويجوز أكلها سواء بقيت العقدة مما يلى الرأس أو مما يلى الصدر لان المعتبر عندنا قطع أكثر الاوداج وقد وجد (قوله أفر الاوداج) الفرى القطع للاصلاح والافراء الافساد فكسر الهمزة ههنا أليق (قوله وهى اسم جمع وأقله

أقول اذ يجوز أن يكون قصده افادة معنى المرفوع على ماهو المناسب لتحسين الظن بالمسلمين وحمل أمرهم على الصلاح لا المجرور والحرمة لا تثبت بالشك (قوله لان فى رواية القدورى الذبح بين الحلق الخ) أقول فيكون المراد بالحلق فى كلام القدورى مبدأه

الله فى اشتراط ما يقطع منها الحل فذهب الشافعى رحمه الله الى الاكتفاء بالحلقوم والمرىء وذهب مالك رحمه الله الى اشتراط قطع جميعها وذهب
أبو يوسف رحمه الله الى اشتراط قطع الحلقوم والمرىء وأحد الودجين رجع اليه بعدما كان قوله كقول أبى حنيفة رحمهما الله كما ذكره وذكر
القدورى انه قول محمد أيضا وقال المصنف المشهور فى كتب مشايخنا رحمهم الله ان هذا قول أبى يوسف وحده وذكر عن محمد أنه يعتبر أكثر كل
فرد منها وهو رواية عن أبى حنيفة وأما أبو حنيفة فقد اكتفى بقطع الثلاث أيها كانت وهى ثلاثة أوجه وان قطع الجميع فهو أولى وهو وجه رابع
والاصل فى ذلك قوله صلى الله عليه وسلم أفر الاوداج بما شئت والفرى القطع للاصلاح والافراء القطع للافساد فيكون
كسر الهمزة أنسب ولهذا قال بعد هذا والورود الامر بفريه احتج الشافعى رحمه الله بانه جمع الاوداج وماثمة الا الودجان فدل على أن المقصود بها ما يحصل به زهوق الروح وهو بقطع الحلقوم والمرىء لان الحيوان لا يعيش بعد قطعهما وهو ضعيف لفظا ومعنى أما لفظا فلان الاوداج لا دلالة لها على الحلقوم والمرىء أصلا وأما معنى فلان المقصود اسالة الدم النجس وهو انما يحصل بقطع مجراه واحتج مالك رحمه الله بظاهر دلالة اللفظ بما يقتضيه فان الاوداج جمع وأقله ثلاثة فيتناول المرىء والودجين وقطع هذه الثلاثة بدون قطع الحلقوم متعذر فثبت قطع الحلقوم بالاقتضاء وجوابه سيجىء واحتج أبو يوسف رحمه الله بان المقصود من قطع الودجين انهار الدم فينوب أحدهما مناب الآخر اذ كل منهما مجرى الدم أما الحلقوم فيخالف المرىء فان
المرىء مجرى العلف والماء والحلقوم مجرى النفس ووقع فى بعض النسخ بالعكس وليس بجيد فلا بد من قطعهما وهو قريب وجوابه سيجىء
واحتج محمد رحمه الله بان كل فرد منها أصل بنفسه لانفصاله عن غيره ولورود الامر بفريه والاكثر يقوم مقام الكل فيعتبر أكثر كل من الامور
الاربعة وهو أقرب كما ترى واحتج أبو حنيفة رحمه الله بان الاكثر يقوم مقام الكل فى كثير من الاحكام وأى ثلاث قطعها فقد قطع الاكثر منها
وما هو المقصود يحصل بها وهو انهار الدم المسفوح والتوحية أى التعجيل فى اخراج الروح لانه لا يحيا بعد قطع مجرى النفس

الثلاث فيتناول المرىء والودجين وهو حجة على الشافعى فى الاكتفاء بالحلقوم والمرىء الا أنه لا يمكن قطع هذه الثلاثة الا بقطع الحلقوم فيثبت قطع الحلقوم باقتضائه وبظاهر ما ذكرنا يحتج مالك ولا يجوز الاكثر منها بل يشترط قطع جميعها (وعندنا ان قطعها حل الاكل وان قطع أكثرها فكذلك عند أبى حنيفة) وقالا لا بد من قطع الحلقوم والمرىء وأحد الودجين قال رضى الله عنه هكذا ذكر القدورى الاختلاف فى مختصره والمشهور فى كتب مشايخنا رحمهم الله أن هذا قول أبى يوسف وحده وقال فى الجامع الصغير ان قطع نصف الحلقوم ونصف الاوداج لم يؤكل وان قطع أكثر الاوداج والحلقوم قبل أن يموت أكل ولم يحك خلافا فاختلفت الرواية فيه والحاصل أن عند أبى حنيفة اذا قطع الثلاث أى ثلاث كان يحل وبه كان يقول أبو يوسف أولا ثم رجع الى ما ذكرنا وعن محمد أنه يعتبر أكثر كل فرد وهو رواية عن أبى حنيفة رحمه الله لان كل فرد منها أصل بنفسه لانفصاله عن غيره ولورود الامر بفريه فيعتبر أكثر كل فرد منها ولابى يوسف أن المقصود من قطع الودجين انهار

الثلاث فيتناول المرىء والودجين وهو حجة على الشافعى فى الاكتفاء بالحلقوم والمرىء) قال فى العناية احتج الشافعى بانه جمع الاوداج وما ثمة الا الودجان فدل على أن المقصود بها ما يحصل به زهوق الروح وهو بقطع الحلقوم والمرىء لان الحيوان لا يعيش بعد قطعهما أقول يرد على هذا الاحتجاج أنه لو كان المقصود به مجرد ما يحصل به زهوق الروح لكفى قطع واحد من الحلقوم والمرىء اذ الحيوان لا يعيش بعد قطع أحدهما أيضا كما لا يخفى وقد أفصح عنه المصنف فى تقرير دليل أبى حنيفة فيما بعد حيث قال لانه لا يحيا بعد قطع مجرى النفس أو الطعام مع أن الشافعى لم يقل بكفاية قطع أحدهما بل شرط قطعهما معا وقال فى العناية بعد ذكر الاحتجاج المسفور وهو ضعيف لفظا ومعنى أما لفظا فلان الاوداج لا دلالة لها على الحلقوم والمرىء أصلا وأما معنى فلان المقصود اسالة الدم النجس وهو انما يحصل بقطع مجراه انتهى أقول ما ذكر فى وجه ضعفه لفظا ليس بسديد اذ قد ذكر فى الاحتجاج المزبور وجه دلالة الاوداج على الحلقوم والمرىء بانه جمع الاوداج وما ثمة الا الودجان فدل على أن المقصود بها ما يحصل به زهوق الروح وهو بقطع الحلقوم والمرىء فلا معنى بعد ذلك لمجرد نفى دلالتهما عليهما بل لا بد من بيان محذور كما لا يخفى (قوله الا أنه لا يمكن قطع هذه الثلاثة الا بقطع الحلقوم فيثبت قطع الحلقوم باقتضائه) قال بعض الفضلاء فيه بحث لان المفهوم من كلام المصنف الذى سيذكره فى تعليل أبى حنيفة حل الاوداج على الاستغراق حيث بنى تعليله على قيام الاكثر مقام الكل فحينئذ يثبت قطع الحلقوم بتناول اللفظ لا باقتضائه انتهى أقول ليس هذا بشئ لان ما يجىء من كلام المصنف فى تعليل قول أبى

الثلاث فان قيل الجمع المحلى بالالف واللام يصير للجنس ويلغو فيه معنى الجمع كقوله تعالى لا يحل لك النساء قلنا انما يصار الى الجنس اذا لم يكن ثم معهود وههنا العروق التى يرد عليها الذبح معهودة معلومة فلا يصار الى الجنس ولا تلغو صيغة الجمع ولان المقصود ازالة الروح وتسييل الدماء السيالة على سبيل التوحية أذ فى الابطاء زيادة تعذيب هى منهى عنها وهذا المقصود انما يحصل بقطع هذه العروق لا الفرد منها (قوله فيتناول الودجين والمرىء) أى بطريق التغليب (قوله الا انه لا يمكن قطع هذه الثلاثة الا بقطع الحلقوم)

(قال المصنف فيثبت قطع الحلقوم باقتضائه) أقول فيه بحث لان المفهوم من كلام المصنف الذى سيذكره فى تعليل أبى حنيفة حل الاوداج على

أو الطعام وبهذا يحصل جواب أبي يوسف بقوله (ويخرج الدم بقطع أحد الودجين فيكتفى به تحرزا عن زيادة التعذيب) جواب عما للشافعي رحمه الله
لا يقال الاوداج جمع دخل عليه الالف واللام وليس ثمة معهود فينصرف الى الواحد كما في قوله تعالى لا يحل لك النساء لان ما تحته ليس أفراده
حقيقة والانصراف الى الجنس فيما يكون كذلك وقوله (بخلاف ما اذا قطع النصف لان الاكثر باق) قيل يعني أكثر المرخص فيه وهو
الثلاثة فان الاثنين لما كانا باقيين كان أكثر المرخص باقيا فلا يحل وقيل لما كان جانب الحرمة مرجحا كان للنصف الباقي حكم الاكثر فكانه
لم يقطع شيأ وربما لوح الى هذا بقوله احتياطا لجانب الحرمة قال (ويجوز الذبح بالظفر والقرن والسن الخ) الذبح بالظفر
والقرن والسن المنزوعة
جائز مكروه وأكل الذبيح بها
لا بأس به وقال الشافعي
رحمه الله هو ميتة لقوله صلى
الله عليه وسلم كل ما أنهر الدم
وأفرى الاوداج ما خلا الظفر
والسن فانهما مدى الحبشة
استثناهما بالاطلاق عما
يجوز أكله فيتناول الحرمة
بالمنزوع والقائم ولان
الذكاة فعل مشروع وانهار
الدم بهما مطلقا غير مشروع
فلا يكون ذكاة كغير
المنزوع وانا قوله عليه
الصلاة والسلام أنهر الدم
بما شئت وروى أفر الاوداج
بما شئت وهو باطلاقه
يقتضي الجواز بالمنزوع
وغيره الا أنا نخص غير
المنزوع بما رواه الشافعي
فان فيه دلالة على ذلك وهو
قوله عليه السلام فانهما مدى
الحبشة فانهم لا يقلمون
الاظفار ويحددون الاسنان
ويقاتلون بالخدش والعض
وهذا معنى قوله وما رواه
محمول على غير المنزوع

للدم فينوب أحدهما عن الآخر اذ كل واحد منهما مجرى الدم أما الحلقوم فيخالف المريء فانه مجرى
العلف والماء والمريء مجرى النفس فلابد من قطعهما ولابي حنيفة أن الاكثر يقوم مقام الكل في كثير من
الاحكام وأي ثلاث قطعها فقد قطع الاكثر منها وما هو المقصود يحصل بها وهو انهار الدم المسفوح والتوحية
في اخراج الروح لانه لا يحيا بعد قطع مجرى النفس أو الطعام ويخرج الدم بقطع أحد الودجين فيكتفى به تحرزا
عن زيادة التعذيب بخلاف ما اذا قطع النصف لان الاكثر باق فكأنه لم يقطع شيأ احتياطا لجانب الحرمة قال
(ويجوز الذبح بالظفر والسن والقرن اذا كان منزوعا حتى لا يكون

حنيفة وان اقتضى حمل الاوداج على الاستغراق الا أنه لا يقتضي أن يكون الاستغراق من جهة واحدة كدلالة
اللفظ عليه عبارة بل يجوز أن يتحقق الاستغراق بدلالة اللفظ على قطع الثلاثة عبارة وعلى قطع الرابع أيضا
اقتضاء كما ذكره ههنا اذ لا شك أنه يحصل من المجموع استغراق العروق الاربعة كلها وان كان من جهتي الدلالة
أعني العبارة والاقتضاء فلا تدافع بين كلامي المصنف كما توهم (قوله ويخرج الدم بقطع أحد الودجين فيكتفى
به تحرزا عن زيادة التعذيب) أقول لقائل أن يقول لو كان في قطع الودجين معا زيادة التعذيب وكان في
الاكتفاء بقطع أحدهما تحرز عنها لما كان قطع العروق الاربعة جميعا في الذكاة أولى عند أبي حنيفة أيضا بل
ينبغي أن يكون الاكتفاء بقطع أحد الودجين أولى فان تعذيب الحيوان بلا فائدة مما يجب الاحتراز عنه على
ما تقرر في كثير من قواعد الفقه مع أنه صرح في الشروح وغيرها بان قطع الجميع أولى عند أبي حنيفة أيضا
فتامل قال في العناية لا يقال الاوداج جمع دخل عليه الالف واللام وليس ثمة معهود فينصرف الى الواحد كما في
قوله تعالى لا يحل لك النساء من بعد لان ما تحته ليس أفراده حقيقة والانصراف الى الجنس فيما يكون كذلك
اه وأورد عليه بعض الفضلاء حيث قال فيه بحث فانه انما يحمل على الجنس اذا تعذر حمله على الاستغراق وههنا
ليس كذلك اه أقول ليس لهذا الايراد مساس بالكلام المذكور في العناية اذ لم يقل فيها ان الجمع حمل ههنا
على الجنس حتى يمكن أن يورد عليه أن المعرف بالالف واللام انما يحمل على الجنس عند أرباب علم الاصول اذا
تعذر حمله على الاستغراق وههنا ليس كذلك بل قال فيها ان ما نحن فيه ليس أفراده حقيقة لان اطلاقه على غير
الودجين بطريق التغليب والانصراف الى الجنس فيما يكون كذلك أي فيما يكون ما تحته من أفراده حقيقة

فيثبت قطع الحلقوم باقتضائه وانما قال ان النص يتناول المريء من حيث اللفظ والحلقوم بطريق الاقتضاء
لان قطع مجرى النفس أبلغ في حصول المقصود من قطع مجرى العلف وقد فسر المصنف المريء بمجرى النفس
(قوله بخلاف ما اذا قطع النصف) لان الاكثر باق فكانه لم يقطع شيأ احتياطا لجانب الحرمة يريد به لما كان
الرجحان لجانب التحريم كان للنصف الباقي حكم الاكثر ويحتمل ان يريد ان الاكثر من الثلاث القائم مقام
الاربع باق فانه اذا ترك الاثنين غير مقطوع يكون الباقي أكثر ما شرط قطعه للحل وهو الثلاث فان قيل
المقطوع أيضا أكثر ما شرط قطعه للحل قلنا اعتبار الاكثر في المتروك أولى من اعتبار الاكثر في المقطوع
ترجيحا للمحرم ويمكن ان يقال المراد الاكثر من الواحد باق فيحرم لان المرخص ترك الواحد لا غير (قوله

الاستغراق حيث بنى تعليله
على قيام الاكثر مقام الكل
فحينئذ يثبت قطع الحلقوم
بتناول اللفظ لا بالاقتضاء (قال المصنف وما هو المقصود يحصل بها) أقول أي بقطعها على
حذف مضاف (قال المصنف والتوحية) أقول أي التعجيل بالحاء المهملة (قال المصنف لانه لا يحيا بعد قطع مجرى النفس والطعام) أقول لعل
الواو بمعنى أو (قوله وحصل بهذا جواب أبي يوسف) أقول انما يحصل جوابه اذا كان الواو في قوله والطعام بمعنى أو (قوله وليس ثمة معهود)
أقول قيل لا نسلم أنه ليس ثمة معهود فان العروق التي تقطع بالذبح معلوم معهود (قوله لان ما تحته ليس أفراده حقيقة والانصراف الى الجنس
فيما يكون كذلك) أقول فيه بحث فانه انما يحمل على الجنس اذا تعذر حمله على الاستغراق وهنا ليس كذلك كما لا يخفى ثم قوله ليس افراده أي

باكله باس الا أنه يكره هذا الذبح) وقال الشافعي المذبوح ميتة لقوله عليه السلام كل ما أنهر الدم وأفرى الاوداج ماخلا الظفر والسن فانهما مدى الحبشة ولانه فعل غير مشروع فلا يكون ذكاة كما اذا ذبح بغير المنزوع ولنا قوله عليه السلام أنهر الدم بما شئت ويروى أفر الاوداج بما شئت وما رواه محمول على غير المنزوع فان الحبشة كانوا يفعلون ذلك ولانه آلة جارحة فيحصل به ماهو المقصود وهو اخراج الدم وصار كالحجر والحديد بخلاف غير المنزوع لانه يقتل بالثقل فيكون في معنى المنخنقة وانما يكره لان فيه استعمال جزء الآدمي ولان فيه اعسارا على الحيوان وقد أمرنا فيه بالاحسان قال (ويجوز الذبح بالليطة والمروة وكل شئ أنهر الدم الا السن القائم والظفر القائم) فان المذبوح بهما ميتة لما بينا ونص محمد في الجامع الصغير على أنها ميتة لانه وجد فيه نصا ومالم يجد فيه نصا يحتاط في ذلك فيقول في الحل لا باس به وفي الحرمة يقول يكره أولم يؤكل قال (ويستحب أن يحد الذابح شفرته) لقوله عليه السلام ان الله تعالى كتب الاحسان على كل شئ فاذا قتلتم فاحسنوا القتلة واذا ذبحتم فاحسنوا الذبحة وليحد أحدكم شفرته وليرح ذبيحته ويكره أن يضجعها ثم يحد الشفرة لما روى عن النبي عليه السلام أنه رأى رجلا أضجع شاة وهو يحد شفرته فقال لقد أردت أن تميتها موتات هلا حددتها قبل أن تضجعها قال (ومن بلغ بالسكين النخاع أوقطع الرأس كره له ذلك وتؤكل ذبيحته) وفي بعض النسخ قطع مكان بلغ والنخاع عرق أبيض في عظم الرقبة أما الكراهة فلما روى عن النبي عليه السلام انه نهى

فصار حاصله نفي جواز الحل على الجنس ههنا فلا يتجه عليه الايراد المذكور أصلا (قوله وقال الشافعي المذبوح ميتة لقوله عليه السلام كل ما أنهر الدم وأفرى الاوداج ماخلا الظفر والسن فانهما مدى الحبشة) أقول هذا الحديث لا يدل على تمام مدعى الشافعي بل يدل على خلاف مدعاه في البعض فان القرن أيضا داخل في المدعى مع أن الحديث المذكور لا يدل على عدم جواز أكل المذبوح بذلك بل يدل على جوازه حيث استثنى الظفر والسن فبقي ماعداهما في حكم المستثنى منه (قوله ولانه فعل غير مشروع فلا يكون ذكاة) أقول فيه بحث لانه ان أراد بقوله أنه فعل غير مشروع أنه محرم فهو ممنوع عندنا بل هو أول المسئلة وان أراد بذلك أنه مكروه فهو مسلم ولكن لانسلم أنه لا يكون ذكاة حينئذ بل هو أيضا أول المسئلة فانه مكروه عندنا ولكنه ذكاة يجوز أكل المذبوح به كما أفصح عنه المصنف بقوله حتى لا يكون باكله باس الا أنه يكره هذا الذبح فلم يخل هذا التعليل المذكور من قبل الشافعي عن المصادرة على المطلوب كما ترى (قوله والنخاع عرق أبيض في عظم الرقبة) قال في المغرب النخاع خيط أبيض في جوف عظم الرقبة يمتد الى الصلب والفتح والضم لغة في الكسر ومن قال هو عرق

كل ما أنهر الدم قبل الذي ينهر الدم ويفري الاوداج لا يكون ماكولا وروى عن الشيخ الاسبيجابي رحمه الله انه سئل رسول الله عليه الصلاة والسلام عن آلة الذبح فقال كل ما أنهر الدم وأفرى الاوداج والفقهاء تركوا مقدمة الحديث هكذا ذكر هذا الحديث في غرائب الحديث أبو عبيد رضي الله عنه (قوله ان تميتها موتات) ذكر في المبسوط في هذه المسئلة انما تعرف ما يراد بها كما جاء في الخبر أبهمت البهائم الاعن أربعة خالقها ورازقها وحتفها وفسادها فاذا كانت تعرف ذلك وهو يحد الشفرة بين يديها كان فيه زيادة ايلام غير محتاج اليه * النخاع خيط أبيض في جوف عظم الرقبة يمتد الى الصلب والفتح والضم لغة في الكسر ومن قال هو عرق فقد سها انما ذلك البخاع بالباء يكون في القفا ومنه بخع الشاة اذا بلغ بالذبح ذلك الموضع فالنخع أبلغ من البخع (قوله على مامر) أي في أول باب الذبائح وهو قوله والثاني كالبدل من الاول (قوله لما بينا) وهو قوله لان ذكاة الاضطرار انما يصار اليه عند العجز وهذا الذي ذكره فيما اذا علم أن المتردي مات من عقره وجرحه وفي الذخيرة بعير تردى في بئر فوجأه وجاءه يعلم أنه لا يموت منها فمات لا يؤكل وان كان مشكلا أكل وفي النوادر دجاجة رجل تعلقت بشجرة لا يصل اليها صاحبها فرماها قال ان كان يخاف فوتها تؤكل وان كان لا يخاف فوتها لا تؤكل وفي النوازل بقرة تعسرت عليها الولادة فادخل صاحبها يده وذبح الولد حل أكله وان جرحه في غير موضع الذبح ان كان لا يقدر على مذبحه يحل أيضا وان كان يقدر لا يحل (قوله

وقوله (ولانه آلة جارحة) جواب عن دليله المعقول وتقريره أنا لا نسلم أن انهار الدم بالظفر والسن المنزوعين غير مشروع فانه أي كل واحد منهما آلة جارحة يحصل بها المقصود وهو اخراج الدم فصار كالليطة والحجر والحديد والسكين الكليل وباقي كلامه ظاهر سوى ألفاظ نفسرها الليطة بكسر اللام قشر القصب والمروة الحجر الحاد (وقوله لما بينا) اشارة الى قوله لانه يقتل بالثقل فيكون في معنى المنخنقة وقوله صلى الله عليه وسلم لقد أردت أن تميتها موتات قيل انما يكون ذلك اذا علم المقصود بالذبح أن التحديد لذبحه وليس كذلك لان المذبوح لا عقل له وهو مع كونه سوء أدب ساقط لان الوهم في ذلك كاف وهو موجود فيه والعقل يحتاج اليه لمعرفة الكليات وما نحن فيه ليس منها والنخاع بالفتح والكسر والضم لغة فيه فسره المصنف بانه عرق أبيض في عظم الرقبة ونسبه صاحب النهاية الى السهو وقال هو خيط أبيض في جوف عظم الرقبة ممتد الى الصلب

ليس من أفراد مفرده وقوله حقيقة أي ليس من أفراده حقيقة لان هذا الجمع من باب التغليب

أن تنخع الشاة اذا ذبحت وتفسيره ماذكرناه وقيل معناه أن يمد رأسه حتى يظهر مذبحه وقيل أن يكسر عنقه قبل أن يسكن من الاضطراب وكل ذلك مكروه وهذا لان فى جميع ذلك وفى قطع الرأس زيادة تعذيب الحيوان بلا فائدة وهو منهى عنه والحاصل أن مافيه زيادة ايلام لا يحتاج اليه فى الذكاة مكروه ويكره أن يجرما يريد ذبحه برجله الى المذبح وأن تنخع الشاة قبل أن تبرد يعنى تسكن من الاضطراب وبعده لا ألم فلا يكره النخع والسلخ الا أن الكراهة لمعنى زائد وهو زيادة الالم قبل الذبح أو بعده فلا يوجب التحريم فلهذا قال تؤكل ذبيحته قال (فان ذبح الشاة من قفاها فبقيت حية حتى قطع العروق حل) لتحقق الموت بما هو ذكاة ويكره لان فيه زيادة الالم من غير حاجة فصار كما اذا جرحها ثم قطع الاوداج (وان ماتت قبل قطع العروق لم تؤكل) لوجود الموت بما ليس بذكاة فيها قال (وما استأنس من الصيد فذكاته الذبح وما توحش من النعم فذكاته العقر والجرح) لان ذكاة الاضطرار انما يصار اليه عند العجز عن ذكاة الاختيار على مامر والعجز متحقق فى الوجه الثانى دون الاول (وكذا ماتردى من النعم فى بئر ووقع العجز عن ذكاة الاختيار) لما بينا وقال مالك لا يحل بذكاة الاضطرار فى الوجهين لان ذلك نادر ونحن نقول المعتبر حقيقة العجز وقد تحقق فيصار الى البدل كيف وانا لا نسلم الندرة بل هو غالب وفى الكتاب أطلق فيما توحش من النعم وعن محمد أن الشاة اذا ندت فى الصحراء فذكاتها العقر وان ندت فى المصر لا تحل بالعقر لانها لا تدفع عن نفسها فيمكن أخذها فى المصر فلا عجز والمصر وغيره سواء فى البقر والبعير لانهما يدفعان عن أنفسهما فلا يقدر على أخذهما وان ندا فى المصر فيتحقق العجز والصيال كالند اذا كان لا يقدر على أخذه حتى لو قتله المصول عليه وهو يريد الذكاة حل أكله قال (والمستحب فى الابل النحر فان ذبحها جاز ويكره والمستحب فى البقر والغنم الذبح فان نحرهما جاز ويكره) أما الاستحباب فلموافقة السنة المتوارثة ولاجتماع العروق فيها فى المنحر وفيهما فى المذبح والكراهة لمخالفة السنة وهى لمعنى فى غيره فلا تمنع الجواز والحل خلافا لما يقوله مالك أنه لا يحل قال (ومن نحر ناقة أو ذبح

فقد سها انما ذلك النخاع بالباء يكون فى القفا ومنه بخع الشاة اذا بلغ بالذبح ذلك الموضع فالبخع أبلغ من النخع اهـ وذكر صاحب النهاية ما فى المغرب بعينه غير أنه لم ينسبه الى المغرب فصاحب العناية كأنه حسب أن صاحب النهاية ذكر ماذكره هنا من عند نفسه حيث قال فسره المصنف بانه عرق أبيض فى عظم الرقبة ونسبه صاحب النهاية الى السهو وقال هو خيط أبيض فى جوف عظم الرقبة يمتد الى الصلب ورد بان بدن الحيوان مركب من عظام وأعصاب وعروق هى شرايين وأوتار وما ثمة شئ يسمى بالخيط أصلا الى هنا لفظ العناية أقول الرد المذكور مردود لان ماذكره من العظام والاعصاب والعروق انما هو أعضاء مفردة لبدن الحيوان وله أعضاء أخر مفردة كالغضروف والرباط والغشاء واللحم والشحم وغير ذلك ومركبة تركيبا أوليا كالعضل أو ثانيا كالعين أو ثالثا كالوجه ثم الرأس مثلا على ما بين كله فى كتب الطب فان أراد بقوله وما ثمة شئ يسمى بالخيط أنه ما فى الاعضاء المفردة المخصوصة التى ذكرها شئ يسمى بالخيط فهو مسلم لكن لا يجدى شيأ اذ لم يقل أحد بان النخاع من تلك الاعضاء المخصوصة حتى يلزم من أن لا يسمى شئ من تلك الاعضاء بالخيط أن لا يكون النخاع خيطا وان أراد به أنه ما فى أعضاء بدن الحيوان وأجزائه مطلقا شئ يسمى بالخيط فهو ممنوع جدا كيف ولا شك أن النخاع من أجزائه وكتب اللغة مشحونة بتفسيره بالخيط منها المغرب كما ذكرنا فى صدر الكلام ومنها صحاح الجوهرى فانه قال فيه وهو الخيط الابيض الذى فى جوف الفقار ومنها القاموس فانه قال فيه والنخاع مثلثة الخيط الابيض فى جوف الفقار ينحدر من الدماغ وينشعب منه شعب فى الجسم الى غير ذلك من معتبرات كتب اللغة

فى الوجهين) أى فيما توحش من النعم وفيما تردى فى بئر (قوله وفى الكتاب) أطلق فيما توحش من النعم أى فى القدورى (قوله والمستحب فى الابل النحر) وهو قطع العروق فى أسفل العنق عند الصدر والذبح قطع العروق

ورد بان بدن الحيوان مركب من عظام وأعصاب عروق هى شرايين وأوتار ما ثمة شئ يسمى بالخيط أصلا ثم ذكر المصنف رحمه الله الاصل الجامع فى افادة معنى الكراهة وهو كل ما فيه زيادة ألم لا يحتاج اليه فى الذكاة قال (وما استأنس من الصيد) قدمر أن الذبح الاضطرارى بدل عن الاختيارى فلا مصير الى الاول قبل العجز عن الثانى هذا تخريج ماذكر فى الكتاب (وقوله لما بينا) اشارة الى قوله لان ذكاة الاضطرار انما يصار اليه عند العجز (وقال مالك رحمه الله لا يحل الاكل بذكاة الاضطرار فى الوجهين) يعنى ماتوحش وماتردى لان ذلك نادر والنادر لا حكم له قلنا لا نسلم الندرة ولئن كانت فالمعتبر حقيقة العجز وقد تحقق (وقوله وفى الكتاب) يريد به القدورى وكلامه واضح والنحر قطع العروق عند الصدر والذبح قطعها تحت اللحيين والمستحب فى الابل الاول وفى غيره الثانى والعكس يجوز ويكره لما ذكر فى الكتاب (وقوله لمعنى فى غيره) أى فى غير الذبح وهو ترك السنة

قوله ورد بان بدن الحيوان مركب الى قوله وما ثم شئ يسمى بالخيط أصلا) أقول فى القاموس النخاع مثلثة الخيط الابيض فى جوف الفقار ينحدر من الدماغ ويتشعب منه شعب

بقرة فوجد فى بطنها جنينا ميتا لم يؤكل أشعر أو لم يشعر) وهذا عند أبى حنيفة وهو قول زفر والحسن بن زياد رحمهما الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله اذا تم خلقه أكل وهو قول الشافعى لقوله عليه السلام ذكاة الجنين ذكاة أمه ولانه جزء من الام حقيقة لانه متصل بها حتى يفصل بالمقراض ويتغذى بغذائها ويتنفس بتنفسها وكذا حكما حتى يدخل فى البيع الوارد على الام ويعتق باعتاقها واذا كان جزأ منها فالجرح فى الام ذكاة له عند العجز عن ذكاته كما فى الصيد وله أنه أصل فى الحياة حتى تتصور حياته بعد موتها وعند ذلك يفرد بالذكاة ولهذا يفرد بايجاب الغرة ويعتق باعتاق مضاف اليه وتصح الوصية له وبه وهو حيوان دموى وما هو المقصود من الذكاة وهو الميز بين الدم واللحم لا يتحصل بجرح الام اذ هو ليس بسبب لخروج الدم عنه فلا يجعل تبعا فى حقه بخلاف الجرح فى الصيد لانه سبب لخروجه ناقصا فيقام مقام الكامل فيه عند التعذر وانما يدخل فى البيع تحريا للجواز كى لا يفسد باستثنائه ويعتق باعتاقها كى لا ينفصل من الحرة ولد رقيق

(فصل فيما يحل أكله وما لا يحل) قال (ولا يجوز أكل ذى ناب من السباع ولا ذى مخلب من الطيور) لان النبى عليه السلام نهى عن أكل كل ذى مخلب من الطيور وكل ذى ناب من السباع وقوله من السباع

(فصل فيما يحل أكله وما لا يحل) لما ذكر أحكام الذبائح شرع فى تفصيل المأكول منها وغير المأكول اذ المقصود الاصلى من شرعية الذبح التوصل الى الاكل وقدم الذبح لان وسيلة الشئ تقدم عليه فى الذكر (قوله وقوله من السباع ذكر عقيب النوعين فينصرف اليهما فيتناول سباع الطيور والبهائم لا كل ما له مخلب أو

فى أعلى العنق تحت اللحيين (قوله ذكاة الجنين ذكاة أمه) أى ذكاة الام نائبة عن ذكاة الجنين كما يقال لسان الوزير لسان الامير وبيع الوصى بيع اليتيم وانما يؤكل الجنين بذكاة الام عندهما اذا تم خلقه وان لم يتم خلقه لا يؤكل وفى النوازل رجل له شاة حامل فاراد ذبحها ان تقارب الولادة يكره ذبحها لان فيه تضييع ما فى بطنها من غير فائدة وهذا التفريع انما يتأتى على قول أبى حنيفة رحمه الله وفيه أيضا الجنين اذا خرج حيا ولم يكن من الوقت مقدار ما يقدر على ذبحه فمات يؤكل وهذا التفريع على قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله روى أن أبا سعيد الخدرى رضى الله عنه سأل رسول الله عليه الصلاة والسلام وقال أنا ننحر الجزور ويخرج من بطنها جنين ميت أفنلقيه أم نأكله فقال عليه الصلاة والسلام كلوه فان ذكاة الجنين ذكاة أمه واذا كان مذكى يحل بالاجماع أو بقوله تعالى الا ما ذكيتم ومن الدليل الواضح لهما انه يحل ذبح الشاة الحامل ولو لم يحل الجنين بذبح الام لما حل ذبحها حاملا لما فيه من اتلاف الحيوان لا لاكله ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك ولابى حنيفة رحمه الله انه أصل فى الحياة حتى يتصور بعد موتها وعند ذلك يفرد بالذكاة والمراد من الحديث التشبيه لا النيابة أى ذكاة الجنين كذكاة أمه وما ذكر من القصة أن أبا سعيد الخدرى رضى الله عنه سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فانه لا يكاد يصح ولو يثبت فالمراد من قولهم فيخرج من بطنها جنين ميت أى مشرف على الموت قال الله تعالى انك ميت وانهم ميتون ومعنى قوله كلوه أى اذبحوه وكلوه وأما قولهم انه يحل ذبح الشاة الحامل ولو لا يحل الجنين بذبح الام لما حل ذبحها حاملا قلنا اباحة ذبح الحامل لانه يتوهم ان ينفصل الجنين حيا فيذبح أو لان المقصود لحم الام وذبح الحيوان لغرض صحيح حلال كالذبح لما ليس بمأكول لمقصود الجلد (قوله وانما يدخل فى بيع الام تحريا للجواز) يعنى الولد انما يدخل فى بيع الام كيلا يفسد بيع الام فانه لو لم يدخل فى بيع الام كان ذلك بمنزلة استثناء الولد من بيع الام وانه مفسد بيع الام فيدخل الولد فى بيع الام تحريا لجواز بيع الام (قوله ويعتق باعتاقها) يعنى أن عتقه عند اعتاق الام بطريق السراية مخصوصة بالصفات الشرعية وكونه مذكى من الصفات الحقيقية وقائم مقام ذكاة الاختيار ما هو خلف عنه وهو ما يفيد مقصودها بوصف المقصود عنها فى افادته وهو الجرح المدمى ولهذا لو أصاب السهم الظلف أو القرن فمات لا يحل لعدم الجرح وأما قولهم انه يتغذى بغذاء الام قلنا لا نسلم بل يبقيه الله تعالى فى بطن الام عن غير غذاء أو يوصل الله تعالى الغذاء اليه كيف شاء والله أعلم بالصواب *(فصل فيما يحل أكله وما لا يحل)*

(وقوله أشعر) معناه نبت شعره مثل أعشب المكان وكلامه واضح خلا انه لم يجب عن الحديث الذى استدلا به لانه لا يصلح للاستدلال لانه روى ذكاة أمه بالرفع والنصب فان كان منصوبا فلا اشكال أنه تشبيه وان كان مرفوعا فكذلك لانه أقوى فى التشبيه من الاول عرف ذلك فى علم البيان قيل ومما يدل على ذلك تقديم ذكاة الجنين كما فى قوله وعيناك عيناها وجيدك جيدها * سوى أن عظم الساق منك دقيق

(فصل فيما يؤكل وما لا يؤكل) ذكر هذا الفصل عقيب الذبائح لانه المقصود من الذبائح والوسيلة الى الشئ تقدم عليه فى الذكر وكلامه واضح وانما ذكر أوصاف السبع ليبنى على ذلك

ذكر عقيب النوعين فينصرف اليهما فيتناول سباع الطيور والبهائم لا كل ماله مخلب أو ناب والسبع كل مختطف منتهب جارح قاتل عاد عادة ومعنى التحريم والله أعلم كرامة بنى آدم كى لا يعدو شئ من هذه الاوصاف الذميمة اليهم بالاكل ويدخل فيه الضبع والثعلب فيكون الحديث حجة على الشافعى رحمه الله فى اباحتهما والفيل ذو ناب فيكره واليربوع وابن عرس من السباع الهوام وكرهوا أكل الرخم والبغاث لانهما يأكلان الجيف

ناب) قال صاحب غاية البيان وهكذا قرر شيخ الاسلام خواهرزاده فى شرح المبسوط ثم قال ولنا فى هذا التقرير نظر لان الثقات من المحدثين رووا الحديث باجمعهم بتقديم كل ذى ناب من السباع على كل ذى مخلب من الطيور فلا يتمشى هذا التقرير ولو صحت تلك الرواية فيمنع انصراف قوله من السباع الى النوعين جميعا لان قوله وكل ذى ناب أولى بالانصراف اليه لكونه أقرب انتهى أقول قوله لان قوله وكل ذى ناب أولى بالانصراف اليه لكونه أقرب ليس بتام لان كونه أقرب انما يقتضى أولوية انصرافه اليه من انصرافه الى أول النوعين لا الى النوعين جميعا ومدعى الشيخين انصرافه اليهما معا فلا يقدح فيه ماذكره والوجه أن يقال بين النوع الاول بقوله من الطيور وهو يأبى أن يكون البيان المذكور فى ذيل النوع الثانى وهو قوله من السباع مصروفا الى النوعين جميعا اذ المتبادر أن يكون كل من البيانين قيد الما قرن به من أحد النوعين مذكورا بازاء الآخر فكيف يبنى الحكم الشرعى على ماهو خلاف المتبادر من الكلام فتدبر (قوله والسبع كل مختطف منتهب جارح قاتل عاد عادة) قال الشراح الفرق بين الاختطاف والانتهاب أن الاختطاف من فعل الطيور والانتهاب من فعل السباع البهائم انتهى أقول فعلى هذا كان ينبغى للمصنف أن يقول والسبع كل مختطف أو منتهب الى آخر ماذكره لان قوله والسبع كل مختطف منتهب يشعر باجتماع الاختطاف والانتهاب فى كل سبع وذا لا يتصور على الفرق المذكور كما لا يخفى (قوله وكرهوا أكل الرخم والبغاث لانهما يأكلان الجيف) الرخم جمع رخمة وهو طائر أبقع يشبه النسر فى الخلقة يقال له الانوق كذا فى

(قوله الناب) من الاسنان مما يلى الرباعيات والمخلب للطير كالظفر للانسان (قوله لا كل ماله مخلب أو ناب) فالحمامة لها مخلب والبعير له ناب والبقر كذلك وقالوا المراد بالناب والمخلب ماهو سلاح منهما بان يصيد بهما فذو الناب من السباع الاسد والذئب والنمر والفهد والثعلب والضبع والكلب والسنور البرى والاهلى وذو المخلب من الطير الصقر والبازى والنسر والعقاب والشاهين والمؤثر فى الحرمة الايذاء فهو طورا يكون بالناب وتارة يكون بالمخلب أو الخبث وهو قد يكون خلقة كما فى الحشرات والهوام وقد يكون بعارض كما فى الجلالة (قوله والسبع كل مختطف منتهب جارح عاد عادة) وانما عد هذه الاوصاف ليبتنى عليها قوله كيلا يعدو شئ من هذه الاوصاف الذميمة اليهم ثم الفرق بين الاختطاف والانتهاب هو ان الاختطاف من فعل الطيور والانتهاب من فعل السباع غير الطيور وفى المبسوط المراد بذى الخطفة ما يختطف بمخلبه من الهواء كالبازى والعقاب ومن ذى النهبة ما ينتهب بنابه من الارض كالاسد والذئب فلما كان اسم السبع شاملا على القبيلتين فسر السبع بهذين الوصفين (قوله كيلا يعدو شئ من هذه الاوصاف الذميمة اليهم بالاكل) لما أن للغذاء من الاثر فى ذلك قال عليه الصلاة والسلام لا ترضع لكم الحمقاء فان اللبن يغذى والخبيث حرام بقوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث (قوله ويدخل فيه الضبع والثعلب) لان لهما نابا يقاتلان به فلا يؤكل لحمهما كالذئب فيكون الحديث حجة على الشافعى رحمه الله فى اباحتهما وما تمسك به الشافعى رحمه الله من حديث جابر رضى الله عنه انه سئل عن الضبع أصيد هو قال نعم فقيل أيؤكل لحمه قال نعم فقيل أشئ سمعته من رسول الله عليه الصلاة والسلام فقال نعم قلنا تأويله ان صح انه كان فى الابتداء ثم انتسخ بنزول قوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث وهذا لان الحرمة ثابتة شرعا فما روى من الحل يحمل على انه كان قبل ثبوت الحرمة كذا فى المبسوط (قوله وكرهوا أكل الرخم والبغاث لانهما يأكلان الجيف) الرخم جمع

قوله (كى لا يعدو شئ من هذه الاوصاف الذميمة اليهم) والفرق بين الاختطاف والانتهاب أن الاختطاف من فعل الطيور والانتهاب من فعل سباع البهائم قال فى المبسوط فالمراد بذى الخطفة ما يخطف بمخلبه من الهواء كالبازى والعقاب ومن ذى النهبة ما ينتهب بنابه من الارض كالاسد والذئب (قوله ويدخل فيه الضبع والثعلب) لان لهما نابا يقاتلان به فلا يؤكل لحمهما كالذئب فيكون الحديث حجة على الشافعى فى اباحتهما فان قيل يعارضه حديث جابر رضى الله عنه أنه سئل عن الضبع أصيد هو فقال نعم فقيل أيؤكل لحمه فقال نعم فقيل أشئ سمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال نعم فلا يكون حجة أجيب بان حديثنا مشهور لا يعارضه حديث جابر ان صح وقد قيل انه كان فى الابتداء ثم نسخ بقوله تعالى ويحرم عليهم

(قوله أن الاختطاف من فعل الطيور والانتهاب من فعل سباع البهائم) أقول قول المصنف كل مختطف منتهب يدل على وجودهما فى كل سبع

الخبائث وابن عرس دويبة والرخم جمع رخمة وهو طائر أبلق يشبه النسر في الخلقة والبغاث ما لا يصيد من صغار الطير وضعافه وأما الغراب الاسود والابقع فهو أنواع ثلاثة نوع يلتقط الحب ولا يأكل الجيف وليس بمكروه ونوع منه لا يأكل الا الجيف وهو الذي سماه المصنف الابقع الذي يأكل الجيف وانه مكروه ونوع يخلط يأكل الحب مرة والجيف أخرى ولم يذكره في الكتاب وهو غير مكروه عند أبي حنيفة مكروه عند أبي يوسف (قوله وكذا الغداف) وهو غراب القيظ لا يؤكل وأصل ذلك أن ما يأكل الجيف فلحمه نبت من الحرام فيكون خبيثا عادة وما يأكل الحب لم يوجد ذلك فيه وما خلط كالدجاج والعقعق فلا بأس بأكله عند أبي حنيفة وهو الاصح لان النبي صلى الله عليه وسلم أكل الدجاجة وهي مما يخلط وقوله (أما الضبع فلما ذكرنا) يريد به قوله ويدخل فيه الضبع يعني أنه ذوناب (وقوله وهي حجة على الشافعي) يعني نهي النبي صلى الله عليه وسلم وأنثه لتأنيث الخبر فان قيل يعارضه حديث ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن الضب فقال لم يكن من طعام قومي فأجد نفسي تعافه فلا أحله ولا أحرمه وحديث ابن عباس رضي الله عنهما قال أكل الضب على مائدة رسول الله صلى الله عليه وسلم وفي الآكلين أبو بكر رضي الله عنه أجيب بان الاصل ان الحاظر والمبيح اذا تعارضا يرجح الحاظر على أن المبيح مؤول بما قبل التحريم ولا تؤكل الحمر الاهلية لما ذكر في الكتاب وذهب بشر المريسي الى اباحته ونقل ذلك عن مالك رحمه الله تشبثا بما روي عن عائشة رضي الله عنها أنها سئلت عن ذلك فتلت قوله تعالى قل لا أجد فيما أوحي الى محرما الآية وبحديث غالب بن أبجر قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم لم يبق من مالي الا حميرات فقال عليه الصلاة والسلام كل من سمين مالك واستدلالا بحل أكل الوحشي وهو ضعيف أما الآية فلجواز أن يكون قبل حرمة لحم الحمر والدليل

قال (ولا بأس بغراب الزرع) لانه يأكل الحب ولا يأكل الجيف وليس من سباع الطير قال (ولا يؤكل الابقع الذي يأكل الجيف وكذا الغداف وقال أبو حنيفة لا بأس بأكل العقعق) لانه يخلط فأشبه الدجاجة وعن أبي يوسف أنه يكره لان غالب أكله الجيف قال (ويكره أكل الضبع والضب والسلحفاة والزنبور والحشرات كلها) أما الضبع فلما ذكرنا وأما الضب فلان النبي عليه السلام نهى عائشة رضي الله عنها حين سألته عن أكله وهي حجة على الشافعي في اباحته والزنبور من المؤذيات والسلحفاة من خبائث الحشرات ولهذا لا يجب على المحرم بقتله شيء وانما تكره الحشرات كلها استدلالا بالضب لانه منها قال (ولا يجوز أكل الحمر الاهلية والبغال) لما روى خالد بن الوليد رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن لحوم الخيل والبغال والحمير وعن علي

الصحاح والبغاث طائر أغبث الى الغبرة دوين الرخمة بطيء الطيران كذا في الصحاح أيضا معزيا الى ابن السكيت وقال في القاموس البغاث مثلثة الاول طائر أغبر انتهى قال جمهور الشراح هنا البغاث ما لا يصيد من صغار الطير وضعافه وقال بعض منهم بعد ذلك كالعصافير ونحوها أقول هذا التفسير منهم لا يناسب ما في الكتاب أما أولا فلانه يتناول ما يؤكل لحمه أيضا كالعصافير فانها مما يؤكل لحمه بلا خلاف كما صرح به في أوائل كتاب الصيد والذبائح من فتاوى قاضيخان وأما ثانيا فلان كثيرا مما لا يصيد من صغار الطير وضعافه لا يأكل الجيف بل يأكل الحب كما لا يخفى فلو كان المراد بالبغاث المذكور في الكتاب ما فسروه به لزم أن لا يتم قول المصنف لانهما يأكلان الجيف نعم وقع في بعض كتب اللغة تفسير البغاث بما فسره الشراح به ههنا فانه قال في ديوان الادب البغاث ما لا يصيد من الطير وقال في المغرب البغاث ما لا يصيد من صغار الطير كالعصافير ونحوها وقال في الصحاح قال الفراء بغاث الطير شرارها وما لا يصيد منها انتهى الا ان شيئا من ذلك لا يصلح أن يجعل تفسيرا لما في الكتاب لما ذكرنا من الوجهين وانما التفسير المناسب لما في الكتاب ما قدمناه مما ذكر في الصحاح أولا معزيا الى ابن السكيت وما ذكره في القاموس أيضا تبصر ترشد (قوله وانما تكره الحشرات كلها استدلالا بالضب لانه منها) قال صاحب معراج الدراية أي لان الضب من الحشرات فاذا رتب

رخمة وهي طائر أبلق يشبه النسر في الخلقة يقال له الانوق والبغاث ما يصيد من صغار الطير وضعافه كالعصافير ونحوها الواحدة بغاثة وفي أوله الحركات الثلاث (قوله ولا بأس بغراب الزرع) وفي الذخيرة وأما الغراب الابقع والاسود فهو أنواع ثلاثة نوع يلتقط الحب ولا يأكل الجيف وانه لا يكره ونوع منه لا يأكل الا الجيف وانه مكروه ونوع منه يختلط الحب بالجيف يأكل الحب مرة والجيف أخرى وانه غير مكروه عند أبي حنيفة رحمه الله وعند أبي يوسف رحمه الله يكره الغداف وهو غراب القيظ ويكون ضخما وافر الجناحين والفاختة تؤكل وكذا الدبسي بضم الدال وأما الخفاش فقد ذكر في بعض المواضع انه يؤكل وذكر في بعضها انه لا يؤكل (قوله وأما الضب لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عائشة رضي الله عنها حين سألته عن أكله) وروي عن

(قوله والبغاث ما لا يصيد من صغار الطير وضعافه الخ) أقول فيه بحث فانه يصدق على ما يؤكل لحمه أيضا كالعصفور (قوله ولم يذكره في الكتاب) أقول قال الزيلعي في شرح الكنز ونوع يخلط بينهما وهو أيضا يؤكل عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى وهو العقعق فعلى هذا لا يصح قول الشارح ولم يذكره في الكتاب (قال المصنف وانما تكره الحشرات كلها استدلالا بالضب لانه منها) أقول قال العلامة الكاكي أي لان الضب من الحشرات فاذا رتب الحكم على الجنس ينسحب على جميع أفراده كما اذا قال طبيب لمريض لا تأكل لحم البعير يتناول نهيه كل الافراد انتهى وفيه بحث (قوله أما الآية فلجواز أن يكون قبل حرمة لحم الحمر) أقول والدليل عليه أن سورة الانعام مكية وفتح خيبر كان بعد الهجرة

على ذلك حرمة الاشياء المحرمة الخارجة عن مدلولها وأما الحديث فلانه مؤول با كل ثمنها وأما الاستدلال فلان من شرطه أن لا يكون الفرع منصوصا عليه والنص الناهي عن لحوم الحمر الاهلية قائم فبطل القياس قال (و يكره لحم الفرس عند أبي حنيفة رحمه الله الخ) كلامه واضح وقد اعترض على قوله والحكيم لا يترك الامتنان باعلى النعم

(قال المصنف ولابي حنيفة رحمه الله قوله تعالى والخيل والبغال والحمير لتركبوها وزينة خرج مخرج الامتنان والاكل من أعلى منافعها الخ) أقول قال القاضي في تفسيره واستدل به على حرمة لحومها ولا دليل فيه اذ لا يلزم من تعليل الفعل بما يقصد منه غالبا أن لا يقصد منه غيره أصلا ويدل عليه أن الآية مكية وعامة المفسرين والمحدثين على أن الحمر الاهلية حرمت عام خيبر انتهى قال الكاكي فان قيل انما يستقيم هذا أن لو كان المقصود من النص الامتنان بمطلق النعمة أما لو كان المقصود الامتنان بالنعمة المخصوصة فلا يستقيم هذا ولئن سلمنا لكن لا نسلم أن منفعة الاكل والحمل فوق منفعة الركوب والزينة أما قوله منفعة الاكل يتعلق بها البقاء في الجملة فسلم لكن غيره يسد مسده فيها وهو الغنم والبقر وغيرهما أما منفعة الركوب والزينة في الخيل فلا يسد غيره مسده فان الركوب والزينة في الخيل يحصل على الكمال حتى جعل له الشرع سهما من الغنيمة كالآدمي فحينئذ ترك الامتنان في الخيل بالاكل لا يدل على حرمته كترك الامتنان بنعمة الدر والنسل والبيع وحمل الثقل قلنا وجه الامتنان والاكل لا يتعلق باختصاص هذه المنافع بهذه الاشياء بل يتعلق برجوع هذه المنافع الى العباد ومنفعة الاكل بالاضافة الى العباد فوق منفعة الركوب والزينة في النعمة على أنا نقول ان الركوب والزينة لا يختص بهذه الاشياء بل يوجد في غيرها وهو البقر والضأن والابل فلا يكون المقصود منها ذكر المنافع الخاصة بها ومنفعة الاكل في الخيل فوق الركوب يتعلق البقاء به دون الركوب وأما قوله غيره يسد مسده في تعلق البقاء قلنا ذلك

رضي الله عنه أن النبي عليه السلام أهدر المتعة وحرم لحوم الحمر الاهلية يوم خيبر قال (و يكره لحم الفرس عند أبي حنيفة وهو قول مالك وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله لا بأس بأكله لحديث جابر رضي الله عنه انه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن لحوم الحمر الاهلية وأذن في لحوم الخيل يوم خيبر ولابي حنيفة قوله تعالى والخيل والبغال والحمير لتركبوها وزينة خرج مخرج الامتنان

الحكم على الجنس ينسحب على جميع أفراده كما اذا قال طبيب لمريض لا تأكل لحم البعير يتناول نهيه كل أفراده انتهى واقتفى أثره العيني أقول ليس ذلك بسديد لان الاستدلال على كراهة الحشرات كلها بكراهة الضب لكونه من تلك الحشرات انما هو من قبيل أن يترتب الحكم على فرد من أفراد الجنس فينسحب ذلك الحكم على سائر أفراد ذلك الجنس أيضا لا من قبيل أن يترتب الحكم على الجنس فينسحب ذلك الحكم على جميع أفراد ذلك الجنس أيضا كما توهمه ذانك الشارحان فالظاهر أن مراد المصنف هو أنه انما تكره الحشرات كلها لان الضب منها وقد ورد في كراهة أكله النص فيستدل بكراهة أكله على كراهة أكل سائر الحشرات أيضا بطريق القياس لاشتراك كلها في علة الكراهة ثم أقول ليت شعري لم وقع المصنف في هذا المضيق ولم يتشبث في اثبات كراهة أكل الحشرات كلها بقوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث والظاهر أن الحشرات كلها من الخبائث فحينئذ يتم الاستدلال بكراهة الضب على كراهة الحشرات كلها كما ذهب اليه

عائشة رضي الله عنها أهدي اليها ضب فدخل النبي صلى الله عليه وسلم فسألته عن أكله فنهاها عنه فجاء سائل فارادت ان تطعمه اياه فقال عليه الصلاة والسلام اتطعمين مالا تأكلين و بهذا نأخذ فنقول لا يحل أكل الضب وهو حجة على الشافعي رحمه الله في اباحته وما تمسك به الشافعي رحمه الله من حديث ابن عمر رضي الله عنهما ان النبي عليه الصلاة والسلام سئل عن الضب فقال لم يكن من طعامي قومي فاجد نفسي تعافه فلا أحله ولا أحرمه وفي حديث ابن عباس رضي الله عنهما قال أكل الضب على مائدة النبي عليه الصلاة والسلام وفي الآكلين أبو بكر رضي الله عنه و رسول الله عليه الصلاة والسلام كان ينظر اليه ويضحك قلنا كان ذلك قبل ثبوت الحرمة ونهي النبي عليه الصلاة والسلام عائشة رضي الله عنها عن التصدق بالضب دليل على ان امتناع رسول الله صلى الله عليه وسلم من أكله كان لحرمته لا لانه كان يعافه اذ لو لم يكن كذلك لامرها بالتصدق كما أمر به في شاة الانصار بقوله أطعموها الاسارى ثم الاصل انه متى تعارض الدليلان أحدهما يوجب الحظر والآخر يوجب الاباحة يغلب الموجب للحظر ولا يجوز أكل الحمر الاهلية وكان بشر المريسي يبيح ذلك وهو قول مالك رحمه الله وحجتهما ماروي عن عائشة رضي الله عنها سئلت عن ذلك فقالت قوله تعالى قل لا أجد فيما أوحي الي محرما الآية وفي الحديث الحر بن غالب رضي الله عنه انه سأل النبي صلى الله عليه وسلم فقال لم يبق من مالي الا حميرات فقال عليه الصلاة والسلام كل من سمين مالك واعتبراه بالحمار الوحشي وكل حيوان وحشيه مأكول فاهليه مأكول كالابل والبقر وعكسه الكلب والسنور ولنا نهي النبي عليه الصلاة والسلام عن أكل الحمر الاهلية وأمره بالقاء القدور يوم خيبر والقدور تغلي بلحوم الحمر الاهلية ولم يكن ذلك بعلة الطهر لانه أمر بالقاء القدور و بعد ما صار لحما ليس فيه منفعة الظهر وما حرمها الانها بيمة لم تخمس فان ما كان مأكولا فللغانمين حق التناول منه قبل الخمس كالطعام والعلف والمحرم والمبيح اذا وردا فالمحرم أولى وما استدلت به

والاكل من أعلى منافعها والحكيم لا يترك الامتنان بأعلى النعم ويمتن بأدناها ولانه آلة ارهاب العدو فيكره أكله احتراما له ولهذا يضرب له بسهم في الغنيمة ولان في اباحته تقليل آلة الجهاد وحديث جابر معارض بحديث خالد رضي الله عنه والترجيح للمحرم ثم قيل الكراهة عنده كراهة تحريم وقيل كراهة تنزيه والاول أصح وأما لبنه فقد قيل لا بأس به لانه ليس في شربه تقليل آلة الجهاد قال (ولا بأس بأكل الارنب) لان النبي عليه السلام أكل منه حين أهدي اليه مشويا وأمر أصحابه رضي الله عنهم بالاكل منه ولانه ليس من السباع ولا من أكلة الجيف فأشبه الظبي قال (واذا ذبح ما لا يؤكل لحمه طهر جلده ولحمه الا الآدمي والخنزير) فان الذكاة لا تعمل فيهما أما الآدمي فلحرمته وكرامته والخنزير لنجاسته كما في الدباغ وقال الشافعي الذكاة لا تؤثر في جميع ذلك لانه لا يؤثر في اباحة اللحم أصلا وفي طهارته وطهارة الجلد تبعا ولا تبع بدون الاصل وصار كذبح المجوسي ولنا أن الذكاة مؤثرة في ازالة الرطوبات والدماء السيالة وهي النجسة دون ذات الجلد واللحم فاذا زالت طهر كما في الدباغ وهذا الحكم مقصود في الجلد كالتناول في اللحم وفعل المجوسي اماتة في الشرع فلا بد من الدباغ وكما يطهر لحمه يطهر شحمه حتى لو وقع في الماء القليل

(قوله ثم قيل الكراهة عنده كراهة تحريم وقيل كراهة تنزيه والاول أصح) قال صاحب العناية في تعليل كون الاول أصح لانه روي أن أبا يوسف سأل أبا حنيفة رحمه الله اذا قلت في شئ أكرهه فما رأيك فيه قال التحريم انتهى أقول فيه نظر لان هذا انما يدل على كون الاول أصح أن لو كان المروي عن أبي حنيفة رحمه الله في هاتيك المسئلة منحصرا في لفظ أكرهه فكان بعضهم حمله على التحريم وبعضهم حمله على التنزيه

عائشة رضي الله عنها من الآية لا حجة لها فيه لانها استدلت بعام دخله الخصوص بالاتفاق وقد ثبت النهي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في لحم الحمار وكان ذلك دليل الخصوص في هذا العام ومعنى قوله عليه الصلاة والسلام كل من سمين مالك أي بعه واستنفق ثمنه يقال فلان أكل عقاره واعتبار الاهلي بالوحشي ساقط فانه لا مشابهة بينهما معنى والمشابهة الصورية لا تكون دليل الحل مع ان المفارقة بينهما قد صحت بالآثار لانه صح في الاثر ان النبي صلى الله عليه وسلم أباح تناول الحمار الوحشي فانه روي ان اعرابيا أهدى الى رسول الله عليه الصلاة والسلام حمارا وحشيا عقيرا أو رجل حمارا وحشيا فأمر أبا بكر رضي الله عنه أن يقسمه بين الرفاق وقد ذكرنا نهيه عن تناول الحمار الاهلي عليه السلام فعلم بهذا أنه لا اعتبار للمشابهة الصورية شرعا (قوله والاكل من أعلى منافعها) والحكيم لا يترك الامتنان بأعلى النعم لانه سيقت لبيان المنة وقد من علينا بالركوب ولم يبين الاكل ولو كان مأكولا لكان الاولى بيان منفعة الاكل لانه أعظم وجوه المنافع لان فيه بقاء النفوس ولا يليق بحكمة الحكيم العدول عن بيان أعظم المنافع الى بيان الادنى عند اظهار المنة وهذا الاستدلال منقول عن ابن عباس رضي الله عنه فان قيل انما لم يذكر لانه يفهم الاعلى بذكر الادنى بالطريق الاولى قلنا ذلك انما يصح اذا كان البيان بطريق الكفاية وما نحن بصدده من قبيل بيان النهاية ألا ترى الى قوله تعالى فيما سبق والانعام خلقها لكم فيها دفء ومنافع ومنها تأكلون ثم عطف عليه والخيل والبغال والحمير لتركبوها فلو كان المراد ما ذكرتم لاكتفى بقوله والخيل والبغال والحمير من غير ذكر شئ آخر من المنافع فلما قال لتركبوها ثبت أن الحكم في المعطوف عليه غير الحكم في المعطوف ولان البغل حرام وان ولدته رمكة ولو حلت الرمكة لحل ولدها كالشاة حبلت من ذئب وولد الاتان البرية من الحمار ثم قيل الكراهة عنده كراهة تحريم وحكي عن عبد الرحيم الكرمني أنه قال كنت مترددا في هذه المسئلة فرأيت أبا حنيفة رحمه الله في المنام يقول لي كراهة تحريم يا عبد الرحيم واليه مال صاحب الحصر والهداية وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله الكراهة في سؤره كما في لبنه وقيل لا بأس بلبنه لانه ليس في شربه تقليل آلة الجهاد (قوله لانه لا يؤثر في اباحة اللحم أصلا) أي بطريق الاصالة (قوله وفعل المجوسي أماتة في الشرع) لانه ليس على الوجه المشروع واختلفوا في أن الموجب لطهارة ما لا يؤكل لحمه مجرد

ويمتن بأدناها بأنه ترك ذكر الحل عليه فينبغي أن لا يحل الحل عليه وهو فاسد فان الكلام في أن ترك أعلى النعم والذهاب الى ما دونه دليل حرمة الاعلى والحل ليس كذلك وقوله (والاول) يعني كون الكراهة للتحريم (أصح) لانه روي أن أبا يوسف سأل أبا حنيفة رحمه الله اذا قلت في شئ أكرهه فما رأيك فيه قال التحريم ومبنى اختلاف المشايخ رحمهم الله في قول أبي حنيفة رحمه الله على اختلاف اللفظ المروي عنه فانه روي عنه رخص بعض العلماء في لحم الخيل فأما أنا فلا يعجبني أكله وهذا يلوح الى

لا يخرج كون منفعة الاكل فوق منفعة الركوب والزينة وأما منفعة البيع والحل فقد ذكرها دلالة لانه متى ثبت كونه ركوبا منتفعا به في ذاته ثبت أنه مال متقوم ومحل البيع وفيه كلام لا يخفى

لا يفسده خلافاله وهل يجوز الانتفاع به فى غير الاكل قيل لا يجوز اعتبارا بالاكل وقيل يجوز كالزيت اذا خالطه ودك الميتة والزيت غالب لا يؤكل وينتفع به فى غير الاكل قال (ولا يؤكل من حيوان الماء الا السمك) وقال مالك وجماعة من أهل العلم باطلاق جميع ما فى البحر واستثنى بعضهم الخنزير والكلب والانسان وعن الشافعى أنه أطلق ذلك كله والخلاف فى الاكل والبيع واحد لهم قوله تعالى أحل لكم صيد البحر من غير فصل وقوله عليه السلام فى البحر هو الطهور ماؤه والحل ميتته ولانه لا دم فى هذه الاشياء اذ الدموى لا يسكن الماء والمحرم هو الدم فاشبه السمك قلنا قوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث وما سوى السمك خبيث ونهى رسول الله عليه السلام عن دواء يتخذ فيه الضفدع ونهى عن بيع السرطان والصيد المذكور فيما تلا محمول على الاصطياد وهو مباح فيما لا يحل والميتة المذكورة فيما روى محمولة على السمك وهو حلال مستثنى من ذلك لقوله عليه السلام أحلت لنا ميتتان ودمان أما الميتتان فالسمك والجراد وأما الدمان فالكبد والطحال قال (ويكره أكل الطافى منه) وقال مالك والشافعى رحمهما الله لا بأس به لاطلاق ما روينا ولان ميتة البحر موصوفة بالحل بالحديث ولنا ما روى جابر رضى الله عنه عن النبى عليه السلام أنه قال ما نضب عنه الماء فكلوا وما لفظه الماء فكلوا وما طفا فلا تأكلوا وعن جماعة من الصحابة مثل مذهبنا وميتة البحر ما لفظه البحر ليكون موته مضافا الى البحر لا ما مات فيه من غير آفة قال (ولا بأس بأكل الجريث والمارماهى وأنواع السمك والجراد بلا ذكاة) وقال مالك لا يحل الجراد الا أن يقطع الآخذ رأسه أو يشويه لانه صيد البر ولهذا يجب على المحرم بقتله جزاء يليق به فلا يحل الا بالقتل كما فى سائره والحجة عليه ما رويناه وسئل على رضى الله عنه عن

وليس كذلك بل المروى عنه فيه لفظان أحدهما لا يعجبنى أكله وبه أخذ من قال بكراهة التنزيه وثانيهما أكرهه وبه أخذ من قال بكراهة التحريم فمبنى اختلاف الفريقين اختلاف اللفظين المرويين عنه كما صرح به الشراح قاطبة حتى الشارح المزبور نفسه أيضا حيث قال متصلا بتعليله المذكور ومبنى اختلاف المشايخ فى قول أبى حنيفة على اختلاف اللفظ المروى عنه فانه روى عنه رخص بعض العلماء فى لحم الخيل فاما أنا فلا يعجبنى أكله وهذا يلوح الى التنزيه وروى عنه أنه قال أكرهه وهو يدل على التحريم على ما روينا عن أبى يوسف اهـ تأمل (قوله لهم قوله تعالى أحل لكم صيد البحر من غير فصل) أقول الظاهر أن ضمير لهم راجع الى جميع من خالفنا فى هذه المسئلة على التفصيل المذكور اذ لم يذكر فيما بعد سوى دليل أئمتنا مع أن التمسك بهذه الآية على الوجه المذكور لا يتمشى على قول من قال منهم باستثناء الخنزير والكلب والانسان كما مر ذلك أيضا اذ على ذلك القول يلزم الفصل كما لا يخفى فتأمل (قوله ولان ميتة البحر موصوفة بالحل بالحديث) أقول لا يذهب على الفطن أن هذا القدر من الاستدلال لا يفيد مدعى مالك والشافعى بدون المصير الى اطلاق

التنزيه وروى عنه أنه قال أكرهه وهو يدل على التحريم على ما روينا عن أبى يوسف رحمه الله (قوله ولا يؤكل من حيوان الماء الا السمك) واضح والطافى اسم فاعل من طفا الشئ فوق الماء يطفو اذا علا والمراد من السمك الطافى الذى يموت فى الماء حتف أنفه من غير سبب فيعلو والجريث نوع من السمك والمارماهى كذلك وقوله (والحجة عليه ما روينا) يعنى قوله عليه الصلاة والسلام أحلت لنا ميتتان ودمان (الخ)

الذبح أو الذبح مع التسمية قال بعضهم بمجرد الذبح وقال بعضهم بل الذبح مع التسمية لان المطهر هو الذكاة وهى عبارة عن الذبح مع التسمية (قوله من غير فصل) أى بين صيد وصيد وقوله والحل ميتته من غير فصل بين ميتة وميتة (قوله وما سوى السمك خبيث) أى يستخبثه الطبع (قوله فيما روى وهو الحل ميتته على السمك) أى محمول على السمك مستثنى عن ذلك أى عن سائر الميتات بقوله عليه الصلاة والسلام أحلت لنا ميتتان فان قيل هذا الخبر مخالف لقوله تعالى حرمت عليكم الميتة والدم قلنا هذا الخبر مشهور مؤيد بالاجماع فيجوز تخصيص الكتاب به على ان حل السمك يثبت بمطلق قوله تعالى تأكلون لحما طريا وقوله أحل لكم صيد البحر قيل هو السمك الطرى وطعامه المقدد منه وكذا الميتة والدم المحلى بالالف واللام معهود على ما ذكر فى آية أخرى أو دما مسفوحا فينصرف الى المعهود ولا يثبت التعارض بين الكتاب والخبر (قوله لاطلاق ما روينا) وهو الحل ميتته (قوله وعن جماعة من الصحابة) وهم على وابن عباس وأبو هريرة وابن عمر رضى الله عنهم مثل مذهبنا وانه باب لا يعرف قياسا فثبت انهم قالوه سماعا (قوله ولا بأس بأكل الجريث والمارماهى) وهما نوعان من السمك (قوله والحجة عليه ما روينا) وهو قوله أحلت لنا ميتتان ولا يقال خص منه السمك اذا مات

وقوله (وتتشعب عليه فروع كثيرة بيناها فى كفاية المنتهى) منها أنه لو وجد فى بطن السمكة سمكة أخرى فانها تؤكل لان ضيق المكان سبب لموتها وكذلك ان قتلها طير الماء وغيره وكذلك ان ماتت فى حب ماء لان ضيق المكان سبب لموتها وكذلك ان جمعها فى حظيرة لا تستطيع الخروج منها وهو يقدر على أخذها بغير صيد فمتن فيها كذلك وان كانت لا تؤخذ بغير صيد فلا خير فى أكلها لانه لم يظهر لموتها سبب واذا ماتت السمكة فى الشبكة وهى لا تقدر على التخلص منها أو أكل شيأ ألقاه فى الماء لتأكل منه فماتت منه وذلك معلوم فلا باس بأكلها وهو فى معنى ما انحسر عنه الماء وقال صلى الله عليه وسلم ما انحسر عنه الماء فكل وقوله (وفى الموت بالحر والبرد روايتان) احداهما أنها تؤكل لانه مات بسبب حادث فكان كما لو ألقاه الماء على اليبس والاخرى أنها لا تؤكل لان الحر والبرد صفتان من صفات الزمان وليستا من أسباب الموت فى الغالب وأطلق القدورى رحمه الله الروايتين ولم ينسبهما لاحد وذكر شيخ الاسلام رحمه الله أنه على قول أبى حنيفة رحمه الله لا يحل وعلى قول محمد رحمه الله يحل والله سبحانه وتعالى أعلم

(كتاب الاضحية)

أورد الاضحية عقيب الذبائح لان التضحية ذبح خاص والخاص بعد العام والاضحية فى اللغة اسم ما يذبح فى يوم الاضحى وهى أفعولة وكان أصله أضحوية اجتمعت الواو والياء وسبقت احداهما بالسكون فقلبت الواو ياء وأدغمت الياء فى الياء وكسرت الحاء لتناسب الياء ويجمع على أضاحى بتشديد الياء قال الاصمعى وفيها أربع لغات أضحية بضم الهمزة وبكسرها وضحية بفتح الضاد على وزن فعيلة كهدية وهدايا وأضحاة وجمعه أضحى

الجراد يأخذه الرجل من الارض وفيها الميت وغيره فقال كله كله وهذا عد من فصاحته ودل على اباحته وان مات حتف أنفه بخلاف السمك اذا مات من غير آفة لانا خصصناه بالنص الوارد فى الطافى ثم الاصل فى السمك عندنا أنه اذا مات بآفة يحل كالمأخوذ واذا مات حتف أنفه من غير آفة لا يحل كالطافى وتتشعب عليه فروع كثيرة بيناها فى كفاية المنتهى وعند التامل يقف المبرز عليها منها اذا قطع بعضها فمات يحل أكل ما أبين وما بقى لان موته بآفة وما أبين من الحى وان كان ميتا فميتته حلال وفى الموت بالحر والبرد روايتان والله أعلم

(كتاب الاضحية)

ذلك الحديث أيضا للسمك الطافى وعند ذلك لا يظهر وجه جعله دليلا مستقلا كما هو مقتضى تحرير المصنف بل ينبغى أن يقال لاطلاق ما مر وبناوا طلاق حديث حل ميتة البحر

(كتاب الاضحية)

أورد الاضحية عقيب الذبائح لان الاضحية ذبيحة خاصة والخاص بعد العام كذا قالوا أقول فيه مناقشة هى

من غير آفة وكذا الجراد بالقياس لانا خصصناه بالنص الوارد فى الطافى لانه فى معنى الطافى من كل وجه لانه عليه السلام قال فى أول الحديث ما نضب عنه الماء فكلوا وما لفظه الماء فكلوا وما طفا فلا تأكلوا والمراد من الطافى ما يموت حتف أنفه من غير سبب حادث بخلاف الجراد فانه نوع آخر فكان العمل بصريح نص ورد فيه أولى من العمل بقياس أو بدلالة نص ورد فى نوع آخر ولان موته لا بد من أن يكون بسبب فانه بحرى الاصل برى المعاش كما قيل ان بيض السمك اذا انحسر عنه الماء يصير جرادا فاذا مات فى البر فقد مات فى غير موضع أصله واذا مات فى الماء فقد مات فى غير موضع معاشه وذلك سبب لموته وروى ان مريم رضى الله عنها سألت الجنان ليطعمها لحما لا دم له فأطعمها الجراد وعمر رضى الله عنه كان مولعا بأكل الجراد (قوله وتتشعب عليه فروع كثيرة بيناها فى كفاية المنتهى) وهو انه لو وجد فى بطن السمك سمكة أخرى فانها تؤكل لان ضيق المكان سبب لموتها وكذلك ان جمعها فى حظيرة لا تستطيع الخروج منها وهو يقدر على أخذها بغير صيد فمتن فيها لان ضيق المكان سبب لموتها وان كانت لا تؤخذ بغير صيد فلا خير فى أكلها لانه لم يظهر لموتها سبب فاذا ماتت السمك فى الشبكة وهى لا تقدر على التخلص منها أو أكلت شيأ ألقاه فى الماء لتأكل فماتت منه وذلك معلوم فلا باس بأكلها فهو فى معنى ما انحسر عنه الماء وقال عليه الصلاة والسلام وما انحسر عنه الماء فكل وكذلك لو انجمد الماء فبقيت بين الجمد وماتت أما اذا ماتت بحر الماء أو برده ففيه روايتان فى احدى الروايتين تؤكل لوجود السبب لموتها وفى الرواية الاخرى لا تؤكل لان الماء لا يقتل السمك حارا كان أو باردا وروى هشام عن محمد رحمه الله أنه اذا انحسر الماء عن بعضه فان كان رأسه فى الماء فمات لا يؤكل وان كان الماء انحسر عن رأسه وبقى ذنبه فى الماء فهو سبب لموته فيؤكل كذا فى المبسوط وفى الذخيرة اذا وجد فى بطن الطافية سمكة أنها تؤكل وان كانت الطافية لا تؤكل عن محمد رحمه الله فى سمكة توجد فى الكلب انه لا باس بها اذا لم يتغير ولا باس بأكل سمكة يصيدها المجوسى لانها تحل من غير تسمية فان المسلم اذا أخذ السمك وترك التسمية عمدا يحل وما يحل بدون التسمية فالمجوسى وغير المجوسى فيه سواء والله أعلم بالصواب

(كتاب الاضحية)

(قال المصنف وميتة البحر ما لفظه البحر ليكون موته مضافا الى البحر) أقول فيه بحث فان الظاهر أن اضافة ميتة البحر مثل اضافة قتلى الطف فى كونها اضافة الى المكان وجوابه ان مراده لا ما مات فيه بغير آفة توفيقا بين الروايتين

(كتاب الاضحية)

(قوله أورد الاضحية عقيب الذبائح لان الخ) أقول الاولى أن يقول أورد الاضحية عقيب الذبائح لانها ذبيحة خاصة

كالوطاة وأرطى وقال الفراء الاضحى يذكر ويؤنث وفى الشرع عبارة عن ذبح حيوان مخصوص فى وقت مخصوص وهو يوم الاضحى وشرائطها ستذكر فى أثناء الكلام وسببها الوقت وهو أيام النحر لان السبب انما يعرف بنسبة الحكم اليه وتعلقه به اذ الاصل فى اضافة الشئ الى الشئ أن يكون سببا وكذا اذا لازمه فتكرر بتكرره كما عرف فى الاصول ثم ان الاضحية تكررت بتكرر الوقت وهو ظاهر وقد أضيف السبب الى حكمه يقال يوم الاضحى فكان كقولهم يوم الجمعة ويوم العيد ولا نزاع فى سببية ذلك ومما يدل على سببية الوقت امتناع التقديم عليه كامتناع تقديم الصلاة على وقتها لا يقال لو كان الوقت سببا لوجب على الفقير لتحقق السبب لان الغنى شرط الوجوب والفرض عدمه

وهى واجبة بالقدرة الممكنة بدليل أن الموسر اذا اشترى شاة للاضحية فى أول يوم النحر ولم يضح حتى مضت أيام النحر ثم افتقر كان عليه أن يتصدق بعينها أو بقيمتها ولا تسقط عنه الاضحية فلو كانت بالقدرة الميسرة لكان دوامها شرطا كما فى الزكاة

(قوله وفى الشريعة عبارة عن ذبح حيوان مخصوص) أقول فى معراج الدراية المراد من قول أصحابنا الاضحية واجبة التضحية أو على حذف المضاف كقوله تعالى الحج أشهر معلومات اذ الافعال توصف بالوجوب لا الاعيان ويحتمل أن يراد حقيقتها لان الاعيان توصف بالحرمة فتوصف بالوجوب أيضا اه وهذا الكلام منه بعد ما فسر الاضحية فى عرف الشرع بما ذكره هذا الشارح ففيما ترى ثم اعلم أنه لا بد فى التعريف من قيد آخر وهو أن يقول بسن مخصوص لئلا ينتقض التعريف (قوله لان السبب انما يعرف بنسبة الحكم اليه) أقول باضافته اليه أو بعكسه (قوله اذ الاصل فى اضافة الشئ الى الشئ أن يكون سببا) أقول أى أن يكون المضاف أو المضاف اليه (قوله حتى مضت أيام النحر ثم افتقر الخ) أقول فيه أن المشترى اذا كان فقيرا حين اشتراها ولم يضح حتى مضت الايام فكذا الحكم ففى دلالة ما ذكره على مطلوبه بحث اذ ليس فى الفقير قدرة لا ممكنة ولا ميسرة فذلك الاشتراء بنية الاضحية لا القدرة فليتأمل ثم ظاهر قول المصنف وتفوت بمضى الوقت يدل على أن وجوبها ليس بالقدرة الممكنة والا لم تسقط وكان عليه أن يضحى وان لم يشتر شاة فى يوم النحر وسيقول انها اشبه الزكاة من حيث انها تسقط بهلاك المال قبل مضى أيام النحر كالزكاة تسقط بهلاك النصاب بخلاف صدقة الفطر لانها لا تسقط بهلاك المال بعد ما طلع الفجر من يوم الفطر اه وهذا كالصريح فى أن المعتبر فيها هو القدرة الميسرة

أنهم ان أرادوا أن الخاص يكون بعد العام فى الوجود فهو ممنوع اذ قد تقرر عند المحققين أنه لا وجود للعام الا فى ضمن الخاص وان أرادوا أن الخاص يكون بعد العام فى التعقل فهو انما يكون اذا كان العام ذاتيا للخاص وكان الخاص معقولا بالكنه كما عرف وكون الامر كذلك فيما نحن فيه ممنوع ويمكن أن يقال تمييز الذاتى من العرضى انما يتعسر فى الحقائق النفس الامرية وأما فى الامور الوضعية والاعتبارية كما فيما نحن فيه فكل ما اعتبر داخلا فى مفهوم شئ يصير ذاتيا لذلك الشئ ويكون تصور ذلك الشئ بالامور الداخلة فى مفهومه تصورا له بالكنه ولا شك أن معنى الذبح داخل فى معنى الاضحية لغة وشريعة فيتوقف تعقلها على تعقل معنى الذبح فيتم التقريب على اختيار الشق الثانى تأمل تفهم ثم ان بيان معنى الاضحية لغة وشريعة قد اختلفت فيه عبارات الشراح فقال صاحب النهاية أما لغة فالاضحية اسم شاة ونحوها تذبح فى يوم الاضحى اه أقول فيه نوع مخالفة لما ذكر فى مشاهير كتب اللغة من القاموس والصحاح وغيرهما فان المذكور فيها أن الاضحية شاة تذبح يوم الاضحى ولم يذكر فى واحد منها عموم الاضحية لشئ من غير الشاة كما يشعر به لفظ ونحوها فى عبارة صاحب النهاية وقال صاحب العناية ومعراج الدراية الاضحية فى اللغة اسم ما يذبح فى يوم الاضحى اه أقول فيه مسامحة ظاهرة فانه يتناول كل ما يذبح فى يوم الاضحى من مثل الدجاجة والحمامة ونحوهما مما لا يطلق عليه لفظ الاضحية لا بحسب الشرع ولا بحسب اللغة وقال صاحبا الكافى والكفاية هى ما يضحى بها أى يذبح اه أقول فيه خلل بين فانه يتناول كل ما يذبح فى يوم الاضحى وغيره وانما هذا معنى الذبيحة مطلقا ولا شك أن الاضحية أخص منها ثم قال صاحب النهاية وأما شرعا فالاضحية اسم لحيوان مخصوص وهو الابل والبقر والضأن والمعز بسن مخصوص وهو الثنى فصاعدا من هذه الانواع الاربعة والجذع من الضأن يذبح بنية القربة فى يوم مخصوص وهو يوم الاضحى عند وجود شرائطها وسببها اه وقال صاحب العناية وفى الشريعة عبارة عن ذبح حيوان مخصوص فى وقت مخصوص وهو يوم الاضحى اه أقول يرد على ظاهره أن الاضحية فى الشريعة عبارة عما يذبح من حيوان مخصوص فى وقت مخصوص لا عن ذبح ذلك الحيوان فى ذلك الوقت فان هذا معنى التضحية لا معنى الاضحية وقد لوح اليه صاحب الاصلاح والايضاح حيث قال هى فى الشريعة ما يذبح فى يوم الاضحى بنية القربة وقال فيما نقل عنه ومن قال عبارة عن ذبح حيوان مخصوص فى وقت مخصوص فانه لم يفرق بين الاضحية والتضحية اه أقول يمكن أن يجاب عنه بحمل الكلام على المسامحة بناء على ظهور المرام فيكون المراد بذبح حيوان مخصوص هو الحيوان المذبوح نفسه وهذا كما قيل فى تعريف العلم بحصول صورة الشئ فى العقل أن المراد منه هو الصورة الحاصلة فى العقل على المسامحة كما حققه الشريف الجرجانى فى عدة مواضع من تصانيفه وطعن بعض الفضلاء فى التعريف الذى ذكره صاحب العناية بوجه آخر حيث قال اعلم أنه لا بد فى التعريف من قيد آخر وهو أن يقول بسن مخصوص لئلا ينتقض

هى ما يضحى بها أى يذبح وجمعها الاضاحى ويقال ضحية وضحايا كهدية وهدايا وأضحاة وأضحى وبه يسمى يوم

والعشر والخراج حيث تسقط بهلاك النصاب والخارج واصطلام الزرع آفة لا يقال أدنى ما يتمكن به المرء من اقامتها تملك قيمة ما يصلح للاضحية ولم تجب الا بملك النصاب فدل أن وجوبها بالقدرة الميسرة لان اشتراط النصاب لا ينافي وجوبها بالممكنة كما في صدقة الفطر وهذا لانها وظيفة مالية نظرا الى شرطها وهو الحرية فيشترط فيها الغنى كما في صدقة الفطر لا يقال لو كان كذلك لوجب التمليك وليس كذلك

قال (الاضحية واجبة على كل حر مسلم مقيم موسر في يوم الاضحى عن نفسه وعن ولده الصغار) أما الوجوب فقول أبي حنيفة ومحمد وزفر والحسن واحدى الروايتين عن أبي يوسف رحمهم الله وعنه أنها سنة ذكره في الجوامع وهو قول الشافعي وذكر الطحاوي أن على قول أبي حنيفة واجبة وعلى قول أبي يوسف ومحمد سنة مؤكدة وهكذا ذكر بعض المشايخ الاختلاف وجه السنة قوله عليه السلام من أراد أن يضحي منكم

التعريف انتهى أقول يمكن أن يجاب عنه أيضا بان قوله حيوان مخصوص يغني عن ذلك القيد الآخر فان المراد بالمخصوص ما يعم المخصوص النوعي وهو الانواع الاربعة الابل والبقر والضان والمعز والمخصوص السني أيضا وهو الثني فصاعدا من الانواع الاربعة المذكورة والجذع من الضان وحده فلا ينتقض التعريف بشيء ثم لو فصله كما وقع في النهاية وغيرها لكان أظهر لكنه سلك مسلك الاجمال اعتمادا على ظهور تفصيل ذلك في تضاعيف المسائل الآتية ثم قال صاحب النهاية وأما شرائطها فنوعان شرائط الوجوب وشرائط الاداء أما شرائط الوجوب فاليسار الذي يتعلق به وجوب صدقة الفطر والاسلام والوقت وهو أيام النحر حتى لو ولدت المرأة ولدا بعد أيام النحر لا تجب الاضحية لاجله ثم قال وأما شرائط الاداء فالوقت ولو ذهب الوقت تسقط الاضحية الا أن في حق المقيمين بالامصار يشترط شرط آخر وهو أن يكون بعد صلاة العيد ثم قال وأما سببها فهو المبهم في هذا الكتاب فان سبب وجوب الاضحية ووصف القدرة فيها بانها ممكنة أو ميسرة لم يذكر لا في أصول الفقه ولا في فروعه أما الاول فاقول وبالله التوفيق ان سبب وجوب الاضحية الوقت وهو أيام النحر والغنى شرط الوجوب وانما قلنا ذلك لان السبب انما يعرف بنسبة الحكم اليه وتعلقه به اذ الاصل في اضافة الشيء الى الشيء أن يكون حادثا به سببا وكذا اذا لازمه فتكرر بتكرره كما عرف ثم ههنا تكرر وجوب الاضحية بتكرر الوقت ظاهر وكذلك الاضافة فانه يقال يوم الاضحى كما يقال يوم الجمعة ويوم العيد وان كان الاصل هو اضافة الحكم الى سببه كما في صلاة الظهر ولكن قد يضاف السبب الى حكمه كما في يوم الجمعة ومثل هذه الاضافة في الاضحية لم توجد في حق المال ألا يرى أنه لا يقال اضحية المال ولا مال الاضحية فلا يكون المال سببها اه أقول فيه نظر لان الوقت لما كان شرط وجوب الاضحية كما صرح به لم يبق مجال أن يكون سببا لوجوبها لان الشيء الواحد لا يصح أن يكون شرطا وسببا لشيء واحد آخر اذ قد تقرر في علم الاصول أن الشرط والسبب قسمان قد اعتبر في أحدهما ما ينافي الآخر فانه قد اعتبر في السبب أن يكون موصلا الى المسبب في الجملة وفي الشرط أن لا يكون موصولا الى المشروط أصلا بل كان وجود المشروط متوقفا عليه ومن الممتنع أن يكون شيء واحد موصلا الى شيء واحد آخر وأن لا يكون موصلا اليه في حالة واحدة لاقتضائه اجتماع النقيضين وعن هذا قالوا في الصلاة أن الوقت سبب لوجوبها وشرط لادائها فلم يلزم أن يكون سببا وشرطا بالنسبة الى شيء واحد (قوله الاضحية واجبة على كل حر مسلم مقيم موسر في يوم الاضحى) قال في العناية أخذا من النهاية وهي واجبة بالقدرة الممكنة بدليل أن الموسر اذا اشترى شاة للاضحية في أول يوم النحر ولم يضح حتى مضت أيام النحر ثم افتقر كان عليه أن يتصدق بعينها أو بقيمتها ولا تسقط عنه الاضحية فلو كانت بالقدرة الميسرة لكان دوامها شرطا كما في الزكاة والعشر والخراج حيث تسقط بهلاك النصاب والخارج واصطلام الزرع آفة لا يقال أدنى ما يتمكن به المرء من اقامتها تملك قيمة ما يصلح للاضحية ولم تجب الا بملك النصاب فدل أن وجوبها بالقدرة الميسرة لان اشتراط النصاب لا ينافي وجوبها بالممكنة كما في صدقة الفطر وهذا لانها وظيفة مالية نظرا الى

لاضحين اعلم ان القربة المالية نوعان نوع بطريق التمليك كالصدقات ونوع بطريق الاتلاف كالاعتاق وفي

لان القرب المالية قد تحصل بالاتلاف كالاعتاق والمضحي ان تصدق باللحم فقد حصل النوعان أعني التمليك والاتلاف باراقة الدم وان لم يتصدق حصل الاخير وأما حكمها فالخروج عن عهدة الواجب في الدنيا والوصول الى الثواب بفضل الله تعالى في العقبى قال (الاضحية واجبة الخ) كلامه واضح والجوامع اسم كتاب في الفقه صنفه أبو يوسف رحمه الله وقيد بقوله في الوظائف المالية احترازا عن البدنية كالصلاة والصوم فانه ما يختلفان فيها لان المسافر تلحقه المشقة في أدائها والعتيرة ذبيحة كانت تذبح في رجب يتقرب بها أهل الجاهلية والمسلمون في صدر الاسلام ثم نسخ

(قوله لان اشتراط النصاب لا ينافي وجوبها بالممكنة كما في صدقة الفطر) أقول للسائل أن ينقل الكلام الى صدقة الفطر فيحتاج الى جواب حاسم لمادة الاعتراض فليتامل وفي شرح المنار للعلامة ابن فرشته وكذا النصاب ليس بشرط في صدقة الفطر لليسر بل ليصير الموصوف به أهلا للاغناء اذ الاغناء لا يتحقق

من غير الغنا الشرعي فان قلت المراد من الاغناء الاغناء عن المسئلة وذلك لا يتوقف على الغنى الشرعي قلت ما دون الغنى الشرعي في حكم العدم لان من لم يتصف به يكون أهلا لاخذ صدقة الفطر فلا يكون أهلا لوجوبها للتنافي بينهما انتهى ثم اعلم أن تفصيل القدرة الممكنة والقدرة الميسرة في باب حسن المامور به من كتب الاصول فراجعه

فلا يأخذ من شعره وأظفاره شيأ والتعليق بالارادة ينافي الوجوب ولانها لو كانت واجبة على المقيم لوجبت على المسافر لانهما لا يختلفان في الوظائف المالية كالزكاة وصار كالعتيرة

شرطها وهو الحرية فيشترط فيها الغنى كما في صدقة الفطر لا يقال لو كان كذلك لوجب التمليك وليس كذلك لان القرب المالية قد تحصل بالاتلاف كالاعتاق والمضحي ان تصدق باللحم فقد حصل النوعان أعني التمليك والاتلاف باراقة الدم وان لم يتصدق حصل الاخير الى هنا لفظ العناية واعترض بعض الفضلاء على قوله بدليل أن الموسر اذا اشترى شاة للاضحية في أول يوم النحر ولم يضح حتى مضت أيام النحر الخ حيث قال فيه ان المشترى اذا كان فقيرا حين اشتراها لها ولم يضح حتى مضت الايام فكذا الحكم ففي دلالة ما ذكره على مطلوبه بحث اذ ليس في الفقير قدرة لا ممكنة ولا ميسرة فذلك للاشتراء بنية الاضحية لا للقدرة فليتامل انتهى أقول ليس هذا بشيء اذ لا نزاع لاحد في أن علة وجوب الاضحية على الموسر هي القدرة على النصاب وانما الكلام هنا في أن القدرة التي تجب بها الاضحية على الموسر هل هي القدرة الممكنة أم القدرة الميسرة فاستدل صاحب النهاية على أنها هي القدرة الممكنة بمسئلة ذكرت في فتاوى قاضيخان وهي أن الموسر اذا اشترى شاة للاضحية في أول أيام النحر فلم يضح حتى مضت أيام النحر ثم افتقر كان عليه أن يتصدق بعينها أو بقيمتها ولا تسقط عنه الاضحية واقتفى أثره صاحب العناية ولا شك في استقامة هذا الاستدلال اذ لو كان وجوبها بالقدرة الميسرة لكان دوامها شرطا على ما تقرر في علم الاصول ولا يضره اشتراك المعسر مع الموسر في حكم تلك المسئلة وهو وجوب التصدق بعينها أو بقيمتها لان علة الوجوب في المعسر هي الاشتراء بنية الاضحية كما صرحوا به لا القدرة وعلته في الموسر هي القدرة لا الاشتراء بنية الاضحية كما صرحوا به أيضا فبعد أن تقرر أن علته في الموسر هي القدرة لا غير تكون تلك المسئلة دليلا واضحا على تعيين أن المراد بتلك القدرة هي الممكنة لا الميسرة على أن اشتراك المعسر مع الموسر في حكم تلك المسئلة ممنوع اذ الواجب في صورة ان كان المشترى معسرا هو التصدق بعينها حية لا غير بخلاف ان كان موسرا كما سيجيء في الكتاب مفصلا وقال ذلك البعض ثم ظاهر قول المصنف وتفوت بمضي الوقت يدل على أن وجوبها ليس بالقدرة الممكنة والا لم تسقط وكان عليه أن يضحي وان لم يشتر شاة في يوم النحر اهـ أقول وليس هذا أيضا بشيء لان مراد المصنف هناك فوات أداء الاضحية بمضي الوقت لا سقوطها بالكلية في حق المقيم أيضا فان الاداء وهو تسليم عين الثابت بالامر يفوت بمضي الوقت في الواجبات المؤقتة مطلقا لان الوقت شرط لادائها على ما عرف في أصول الفقه وأما القضاء وهو تسليم مثل الواجب بالامر فلا يسقط بمضي الوقت وانما الفائت بمضيه شرف الوقت لا غير وهذا أيضا مما عرف في أصول الفقه وقد تقرر فيه أيضا أن القضاء قد يكون بمثل معقول كالصلاة للصلاة وقد يكون بمثل غير معقول كالفدية للصوم وثواب النفقة للحج وعدوا الاضحية من القسم الثاني وقالوا ان أداءها في وقتها باراقة الدم وقضاءها بعد مضي وقتها بالتصدق بعينها أو بقيمتها فقول ذلك البعض ثم ظاهر قول المصنف وتفوت بمضي الوقت يدل على أن وجوبها ليس بالقدرة الممكنة غير مسلم وقوله والا لم تسقط وكان عليه أن يضحي وان لم يشتر شاة في يوم النحر ليس بصحيح اذ لم يقل أحد بسقوطها بعد وجوبها حتى يصح قوله والا لم تسقط ولم يقل أحد بصحة أداء المؤقتات بعد مضي وقتها حتى يصح قوله وكان عليه أن يضحي وان لم يشتر شاة في يوم النحر فان التضحية اراقة الدم وهي انما تقبل في وقت الاداء لا بعده وانما الذي يلزم بعده

الاضحية اجتمع المعنيان فانها تقرب باراقة الدم وهو اتلاف ثم بالتصدق باللحم وهو تمليك (قوله فلا يأخذ من شعره وأظفاره) أي لا يأخذ المضحي من شعر نفسه وأظفاره (قوله لانهما لا يختلفان في الوظائف المالية) قيد بالمالية لانهما يختلفان في الوظائف البدنية فالمسافر يلحقه المشقة في الاداء بالبدن (قوله وصار كالعتيرة) وفي المغرب العتيرة ذبيحة في رجب يتقرب بها أهل الجاهلية والمسلمون في صدر الاسلام يعني ان العتيرة لما لم تجب على المسافر لا تجب على المقيم فكذا الاضحية لما لم تكن واجبة على المسافر لا تكون واجبة على المقيم والجامع كون

(قوله ومثل هذا الوعيد لا يلحق بترك غير الواجب) اعترض عليه بقوله صلى الله عليه وسلم من ترك سنتي لم تنله شفاعتي أجيب بانه محمول على الترك اعتقادا أو الترك أصلا فان ترك السنة أصلا حرام قد تجب المقاتلة به لان فيه ترك الاذان ولا مقاتلة في غير الحرام

ووجه الوجوب قوله عليه السلام من وجد سعة ولم يضح فلا يقربن مصلانا ومثل هذا الوعيد لا يلحق بترك غير الواجب ولانها قربة يضاف اليها وقتها يقال يوم الاضحى وذلك يؤذن بالوجوب لان الاضافة للاختصاص وهو بالوجود والوجوب هو المفضي الى الوجود ظاهرا بالنظر الى الجنس غير أن الاداء يختص باسباب يشق على المسافر استحضارها و يفوت بمضي الوقت فلا تجب عليه بمنزلة الجمعة والمراد بالارادة فيما روى والله أعلم

قضاؤها وهو انما يكون بالتصدق بعينها أو بقيمتها لا بغيره ثم قال ذلك البعض وسيقول المصنف انها تشبه الزكاة من حيث انها تسقط بهلاك المال قبل مضي أيام النحر كالزكاة تسقط بهلاك النصاب بخلاف صدقة الفطر لانها لا تسقط بهلاك المال بعدما طلع الفجر من يوم الفطر اه وهذا كالصريح في أن المعتبر فيها هو القدرة الميسرة الى هنا كلامه أقول وهذا أيضا ساقط جدا لان الاضحية انما تسقط بهلاك المال قبل مضي أيام النحر لا بهلاكه بعد مضيها حتى لو افتقر بعد مضيها كان عليه أن يتصدق بعينها أو بقيمتها كما مر بيانه ووجه ذلك ما تقرر في علم الاصول من أن وجوب الاداء في المؤقتات التي يفضل الوقت عن أدائها كالصلاة ونحوها انما يثبت آخر الوقت اذ هنا يتوجه الخطاب حقيقة لانه في ذلك الآن يأثم بالترك لا قبله حتى اذا مات في الوقت لا شئ عليه والاضحية من هاتيك المؤقتات فتسقط بهلاك المال قبل مضي وقتها ولا تسقط بهلاكه بعد مضي وقتها لتقرر سبب وجوب أدائها اذ ذاك بل يلزم قضاؤها بالتصدق بعينها أو بقيمتها بخلاف الزكاة فانها من الواجبات المطلقة دون المؤقتة كما نص عليه في علم الاصول فتسقط بهلاك النصاب مطلقا أي في أي وقت كان لاعتبار القدرة الميسرة فيها ومن شرط تلك القدرة بقاؤها لبقاء الواجب لئلا ينقلب الى العسر كما عرف في أصول الفقه فلو كان المعتبر في الاضحية أيضا هو القدرة الميسرة لزم أن تسقط الاضحية أداء وقضاء بهلاك المال بعد أيام النحر أيضا لكون دوام القدرة الميسرة شرطا لا محالة ومراد المصنف بقوله المزبور بيان مشابهة الاضحية بالزكاة في مجرد سقوطها بهلاك المال في بعض الاحوال لا في السقوط بهلاكه في كل حال ومن البين فيه قوله من حيث انها تسقط بهلاك المال قبل مضي أيام النحر كالزكاة بهلاك النصاب حيث قيد هلاك المال بكونه قبل مضي أيام النحر في سقوط الاضحية وأطلق هلاك النصاب في سقوط الزكاة والعجب أن هذا الفرق مع وضوحه كيف خفي على ذلك البعض حتى جعل كلام المصنف كالصريح في خلافه (قوله ووجه الوجوب قوله عليه السلام من وجد سعة ولم يضح فلا يقربن مصلانا ومثل هذا الوعيد لا يلحق بترك غير الوارد) اعترض عليه بقوله صلى الله عليه وسلم من ترك سنتي لم تنله شفاعتي وأجيب بانه محمول على الترك اعتقادا أو الترك أصلا فان ترك السنة أصلا حرام قد تجب المقاتلة به لان فيه ترك الاذان ولا مقاتلة في غير الحرام كذا في العناية وغيرها أقول

كل واحد منهما قربة يتقرب بها الى الله تعالى وصار قوله كالزكاة لبيان الطرد وقوله كالعتيرة لبيان العكس والعكس مرجح ومؤكد للعلة (قوله ومثل هذا الوعيد لا يلحق بترك غير الواجب) فان قيل أليس ان النبي صلى الله عليه وسلم قال من ترك الوتر فليس منا وقال عليه الصلاة والسلام من ترك سنتي لم تنل شفاعتي قلنا ذلك محمول على الترك اعتقادا أو الترك أصلا فان ترك السنة أصلا حرام ولهذا تجب المقاتلة مع جماعة تركوا الاذان وان كان الاذان سنة لان احياء السنة واجب (قوله لان الاضافة للاختصاص) أي لاختصاص المضاف بالمضاف اليه والاختصاص انما يثبت اذا وجد المضاف اليه لا محالة وانما يوجد المضاف اليه لا محالة اذا كان واجبا بالنظر الى الجنس أي جنس المكلفين لجواز أن يجتمعوا على ترك ما ليس بواجب ولا يجتمعون على ترك الواجب ولا تصح الاضافة باعتبار جواز الاداء فيه فالصوم يجوز في سائر الشهور والمسمى بشهر الصوم رمضان (قوله والمراد بالارادة) جواب عما تمسك به الشافعي رحمه الله أي المراد بها

وقوله (لان الاضافة للاختصاص) ظاهر وقوله (وهو) أي الاختصاص (بالوجود) لانه اذا لم يوجد فيه لا يكون متعلقا به فضلا عن الاختصاص (والوجوب هو المفضي الى الوجود ظاهرا بالنظر الى الجنس) لجواز أن يجتمع الناس على ترك ما ليس بواجب ولا يجتمعون على ترك الواجب واعترض بان السنة أيضا تفضي الى الوجود ظاهرا بالنظر الى الجنس لان الناس لا يجتمعون على ترك السنة وأجيب بان الوجوب يفضي اليه لاستحقاق العقاب بتركه وقوله غير أن الاداء اختص باسباب أي بشرائط يشق على المسافر احضارها وهي تحصيل الشاة والاشتغال بذبحها في وقت معين وقد تعينه السفر قبل ذلك وفي ذلك مشقة والسفر مؤثر في التخفيف ألا ترى الى جواز التيمم عند زيادة ثمن الماء التي لا تبلغ قيمة الاضحية ولا عشرها فاولى أن يسقط عنه وجوب الاضحية وهو أقوى حرجا من زيادة ثمن الماء وقوله (والمراد بالارادة) جواب عما استدلوا به من قوله عليه الصلاة والسلام من أراد أن يضحي منكم فكان معنى قوله عليه الصلاة والسلام من أراد من قصد التضحية التي هي واجبة كقول من يقول من أراد الصلاة فليتوضأ

(قال المصنف ومثل هذا الوعيد لا يلحق بترك غير الواجب) أقول يمكن أن يمنع ذلك ديم وقد قال صلى الله عليه وسلم من أكل من هاتين الشجرتين فلا يقربن مصلانا مع أن أكلهما ليس بمحرم فليتأمل (قوله أجيب بانه محمول على الترك اعتقادا الخ) أقول فيه تأمل

ماهو ضد السهو لا التخيير والعتيرة منسوخة وهي شاة تقام في رجب على ماقيل وانما اختص الوجوب بالحرية لانها وظيفة مالية لا تتادى الا بالملك والمالك هو الحر و بالاسلام لكونها قربة و بالاقامة لما بينا واليسار لما روينا من اشتراط السعة ومقداره ما يجب به صدقة الفطر وقد مر في الصوم و بالوقت وهو يوم الاضحى لانها مختصة به وسنبين مقداره ان شاء الله تعالى وتجب عن نفسه لانه أصل في الوجوب عليه على ما بيناه وعن ولده الصغير لانه في معنى نفسه فيلحق به كما في صدقة الفطر وهذه رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمهم الله وروى

لقائل أن يقول ذلك التأويل محتمل فيما نحن فيه من الحديث أيضا بان يكون المراد بقوله عليه السلام ولم يضح هو ترك التضحية اعتقادا أو تركها أصلا فلا يتم الاستدلال به على الوجوب كما لا يخفى ثم قال في العناية وعورض بقوله عليه السلام كتبت على الاضحية ولم تكتب عليكم وقوله عليه السلام ضحوا فانها سنة أبيكم ابراهيم و بان أبا بكر وعمر رضي الله عنهما كانا لا يضحيان السنة والسنتين مخافة أن يراها الناس واجبة وأجيب عن الاول بان المكتوبة الفرض ونحن نقول بانها غير فرض وانما هي واجبة وعن الثاني بانه مشترك الالزام فان قوله ضحوا أمر وهو للوجوب وقوله فانها سنة أبيكم أي طريقته فالسنة هي الطريقة المسلوكة في الدين وعن الثالث بانهما كانا لا يضحيان في حالة الاعسار مخافة أن يراها الناس واجبة على المعسرين اهـ أقول في تقريره الجواب عن الثاني خلل فان القول بانه مشترك الالزام ليس بصحيح لانه لما كان قوله ضحوا أمرا وكان الامر للوجوب وجاز أن تحمل السنة في قوله فانها سنة أبيكم على الطريقة المسلوكة في الدين وهي تعم الواجب أيضا تعين جانبنا ولم نشترك في الالزام قط فالصواب في تقرير الجواب عن الثاني ماذكره صاحب الكافي حيث قال وقوله ضحوا دليلنا لانه أمر فيفيد الوجوب وقوله فانها سنة أبيكم لا ينفي الوجوب لان السنة هي الطريقة في الدين واجبة كانت أو غير واجبة اهـ وأورد بعض الفضلاء على الجواب عن الاول حيث قال فيه بحث فانه روى الدارقطني باسناده عن ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم قال ثلاث كتبت علي وهن لكم تطوع الحديث اهـ أقول المقصود من الجواب المذكور دفع معارضة الخصم بقوله عليه السلام كتبت على الاضحية ولم تكتب عليكم ولا شك في اندفاع تلك المعارضة بالجواب المذكور وماذكره ذلك البعض من رواية الدارقطني لا يقدح في تمام ذلك الجواب بالنظر الى ماهو المقصود منه وانما يكون ذلك معارضة أخرى لاصل المدعى ولعل جمهور الشراح انما لم يتعرضوا للجواب عنه أصالة لكونه ضعيفا غير صالح للمعارضة لما روينا لان الدارقطني أخرجه عن جابر الجعفي عن عكرمة عن ابن عباس مرفوعا وجابر الجعفي ضعيف كما ذكره أهل الحديث وقال صاحب التنقيح وروي من طرق أخرى وهو ضعيف على كل حال اهـ (قوله و بالوقت وهو يوم الاضحى لانها مختصة به) أقول هنا شائبة مصادرة لان قوله و بالوقت عطف على قوله بالحرية في قوله

القصد الذي هو ضد السهو لا التخيير لانه مخير اجماعا وهذا لا ينافي الوجوب أي من قصد التضحية التي هي واجبة كقول من قال من اراد منكم الجمعة فليغتسل (قوله وهي شاة تقام في رجب على ماقيل فيه) اشارة الى الخلاف في تفسير العتيرة وفي الايضاح العتيرة هي ما كان الرجل اذا ولدت له الناقة والشاة ذبح أول ولدها فأكل واطعم وقيل ينذر العرب فيقول اذا بلغ شاؤه كذا وكذا فعليه ان يذبح من كل عشر منها في رجب كذا قال محمد رحمه الله كان في الجاهلية ذبائح يذبحونها منها العقيقة ومنها الرجبية وهي شاة تذبح في رجب فيأكلون و يطعمون ومنها العتيرة كان الرجل اذا ولدت له الناقة ذبح أول ولدها فأكل واطعم وكلها منسوخ بالاضحية (قوله و بالاقامة لما بينا) وهو قوله غير ان الاداء يختص باسباب يشق على المسافر استحضارها و باليسار لما روينا وهو من وجد سعة ولم يضح (قوله وسنبين مقداره) أي مقدار الوقت (قوله وعن ولده الصغير) لانه في معنى نفسه لانه يلي نفسه وماله (قوله فيلحق به كما في صدقة الفطر) وهذا لان كل واحد منهما قربة مالية تعلقت بيوم العيد فكانا نظيرين

وقوله (والعتيرة) جواب عما استشهدوا به وقوله (على ما قيل) يشير الى أن في تفسيرها اختلافا وقد ذكرنا ما وافق تفسير المصنف وذكر في الايضاح أنها عبارة عما اذا ولدت الناقة أو الشاة ذبح أول ولدها فأكل وأطعم وهي منسوخة بالاضحية وعورض بقوله عليه الصلاة والسلام كتبت على الاضحية ولم تكتب عليكم وقوله عليه الصلاة والسلام ضحوا فانها سنة أبيكم ابراهيم و بان أبا بكر وعمر رضي الله عنهما كانا لا يضحيان السنة والسنتين مخافة أن يراها الناس واجبة وأجيب عن الاول بان المكتوبة الفرض ونحن نقول بانها غير فرض وانما هي واجبة وعن الثاني بانه مشترك الالزام فان قوله ضحوا أمر وهو للوجوب وقوله فانها سنة أبيكم أي طريقته فالسنة هي الطريقة المسلوكة في الدين وعن الثالث بانهما كانا لا يضحيان في حالة الاعسار مخافة أن يراها الناس واجبة على المعسرين وقوله (وانما اختص الوجوب بالحرية) بيان للشروط المذكورة في أول الباب وقوله (لما بينا) اشارة الى قوله غير أن الاداء يختص باسباب يشق على المسافر استحضارها وقوله (لما روينا) اشارة الى قوله من وجد سعة ولم يضح الحديث وقوله (وسنبين مقداره) أي مقدار الوقت

(قوله وأجيب عن الاول بان المكتوبة الخ) أقول فيه بحث فانه روى الدارقطني باسناده عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما عن النبي عليه الصلاة والسلام قال ثلاث كتبت علي وهن لكم تطوع الحديث

عنه أنه لا تجب عن ولده وهو ظاهر الرواية بخلاف صدقة الفطر لان السبب هناك رأس يمونه ويلي عليه وهما موجودان في الصغير وهذه قربة محضة والاصل في القرب أن لا تجب على الغير بسبب الغير ولهذا لا تجب عن عبده وان كان يجب عنه صدقة فطره وان كان للصغير مال يضحي عنه أبوه أو وصيه من ماله عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد وزفر والشافعي رحمهم الله يضحي من مال نفسه لا من مال الصغير فالخلاف في هذا كالخلاف في صدقة الفطر وقيل لا تجوز التضحية من مال الصغير في قولهم جميعا لان هذه القربة تتادى بالاراقة والصدقة بعدها تطوع ولا يجوز ذلك من مال الصغير ولا يمكنه أن يأكل كله والاصح أن يضحي من ماله ويأكل منه ما أمكنه ويبتاع بما بقي ما ينتفع بعينه قال (ويذبح عن كل واحد منهم شاة أو يذبح بقرة أو بدنة عن سبعة) والقياس أن لا تجوز الا عن واحد لان الاراقة واحدة وهي القربة الا أنا تركناه بالاثر وهو ما روي عن جابر رضي الله عنه أنه قال نحرنا مع رسول الله عليه الصلاة والسلام البقرة عن سبعة والبدنة عن سبعة ولا نص في الشاة فبقي على أصل القياس وتجوز عن ستة أو خمسة أو ثلاثة ذكره محمد رحمه الله في الاصل لانه لما جاز عن السبعة فعمن دونهم أولى ولا تجوز عن ثمانية أخذا بالقياس فيما لا نص فيه وكذا اذا كان نصيب أحدهم أقل من السبع ولا تجوز عن الكل لانعدام وصف القربة في البعض وسنبينه ان شاء الله تعالى وقال مالك تجوز عن أهل بيت واحد وان كانوا أكثر من سبعة ولا تجوز عن أهل بيتين وان كانوا أقل منها لقوله عليه السلام على كل أهل بيت في كل عام أضحاة وعتيرة قلنا المراد منه والله أعلم قيم أهل البيت لان اليسار له

وانما اختص الوجوب بالحرية فيصير المعنى وانما اختص وجوب الاضحية بالوقت الذي هو يوم الاضحى لانها أي الاضحية مختصة به أي بذلك الوقت فيؤول الى تعليل الاختصاص بالاختصاص كما ترى لا يقال المذكور في العلة اختصاص الاضحية نفسها بذلك الوقت والمعتبر في المدعى اختصاص وجوب الاضحية فاللازم هنا تعليل اختصاص وجوب الاضحية بذلك الوقت باختصاص نفس الاضحية به ولا مصادرة فيه لانا نقول لا معنى لاختصاص الاضحية بذلك الوقت سوى اختصاص وجوبها به اذ لا شك في امكان عمل التضحية في جميع الاوقات فلابد أن يكون المراد بقوله لانها مختصة به أن وجوبها مختص به فيلزم المحذور المذكور وكان صاحب الكافي تنبه لهذا حيث غير عبارة المصنف فيما قبل فقال بدل قوله وانما اختص الوجوب بالحرية الخ والتقييد بالحرية لانها قربة مالية مفتقرة الى الملك والحر هو المالك ثم قال والوقت لاختصاصها به فاللازم حينئذ تعليل التقييد بالوقت باختصاص الاضحية بذلك الوقت ولا مصادرة فيه فان قلت يجوز أن يكون مراد المصنف بقوله وانما اختص الوجوب بالحرية وانما اختصه القدوري في مختصره بالحرية على أن يكون كلمة اختص مبنيا للفاعل والوجوب مفعوله ويكون مراده هنا بقوله لانها مختصة به أنها مختصة به في الشرع فاللازم تعليل تخصيص القدوري وجوب الاضحية بالوقت باختصاص الاضحية في الشرع بذلك الوقت ولا مصادرة فيه قلت

من هذا الوجه وروي عنه أي عن أبي حنيفة رحمه الله انه يجب عن ولده وهو ظاهر الرواية والفتوى على ظاهر الرواية كذا في فتاوى قاضيخان رحمه الله وجه ظاهر الرواية ان الاضحية لا تشبه صدقة الفطر من وجه آخر فان الصدقة تتأدى بالتمليك وهذا بالاراقة فيقول بالاستحباب دون الوجوب ولان صدقة الفطر اجريت مجرى المؤنة والاراقة قربة محضة بدليل انها لا يتقرب بها الى العباد ولا تجب بسبب الغير بخلاف التصدق بالمال فانه كما يتقرب به الى الله تعالى يتقرب به الى العباد فلا تكون قربة محضة فجاز ان يجب على الغير بسبب الغير اذا قام الدليل وقد قام الدليل على صدقة الفطر قال عليه الصلاة والسلام ادوا عمن تمونون (قوله ما ينتفع بعينه) أي ببقاء عينه كالثوب ومتاع البيت (قوله وكذا اذا كان نصيب احدهم اقل من السبع) حتى ان الرجل اذا مات وترك امرأة وابنا وبقرة فضحيا بها يوم العيد لم يجز لان نصيب المرأة اقل من السبع فلم يجز نصيبها ولم يجز نصيب الابن (قوله لا يجوز عن الكل لانعدام وصف القربة في البعض وسنبينه ان شاء الله

وقوله (لا تجب عن ولده) يعني سواء كان صغيرا أو كبيرا اذا لم يكن له مال وهو ظاهر الرواية وعليه الفتوى وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله أنها تجب عليه، وقوله (والاصح أن يضحي من ماله) أي من مال الصغير (ويأكل) أي الصغير من الاضحية التي هي من ماله (ما أمكنه ويبتاع بما بقي ما ينتفع بعينه) كالغربال والمنخل كما في الجلد وهو اختيار شيخ الاسلام وهكذا روى ابن سماعة عن محمد رحمهم الله وقيل ذلك يصح في جلد الاضحية من غير خلاف أحد وأما في لحمها فليس له الا أن يطعم أو يأكل قال (ويذبح عن كل واحد منهم شاة) كلامه واضح قوله (وكذا اذا كان نصيب أحدهم أقل من السبع لا يجوز) كما اذا مات وترك امرأة وابنا وبقرة فضحيا بها يوم العيد لم يجز لان نصيب المرأة أقل من السبع فلم يجز نصيبها ولا نصيب الابن أيضا

يؤيده ماروى على كل مسلم فى كل عام أضحاة وعتيرة ولو كانت البدنة بين اثنين نصفين تجوز فى الاصح لانه لما جاز ثلاثة الاسباع جاز نصف السبع تبعا واذا جاز على الشركة فقسمة اللحم بالوزن لانه موزون ولو اقتسموا جزافا لايجوز الااذا كان معه شئ من الاكارع والجلد اعتبارا بالبيع قال (ولو اشترى بقرة يريد أن يضحى بها عن نفسه ثم اشترك فيها ستة معه جاز استحسانا وفى القياس لايجوز وهو قول زفر لانه أعدها القربة فيمتنع عن بيعها تمولا والاشتراك هذه صفته وجه الاستحسان أنه قد يجد بقرة سمينة يشتريها ولا يظفر بالشركاء وقت البيع وانما يطلبهم بعده فكانت الحاجة اليه ماسة فجوزناه دفعا للحرج وقد أمكن لان بالشراء للتضحية لايمتنع البيع والاحسن أن يفعل ذلك قبل الشراء ليكون أبعد عن الخلاف وعن صورة الرجوع فى القربة وعن أبى حنيفة أنه يكره الاشتراك بعد الشراء لما بينا قال (وليس على الفقير والمسافر أضحية) لما بينا وأبو بكر وعمر كانا لايضحيان اذا كانا مسافرين وعن على ليس على المسافر جمعة ولا أضحية قال (ووقت الاضحية يدخل بطلوع الفجر من يوم النحر الا أنه لايجوز لاهل الامصار الذبح حتى يصلى الامام العيد فاما أهل السواد فيذبحون بعد الفجر) والاصل فيه قوله عليه السلام من ذبح شاة قبل

فحينئذ يصير معنى الكلام فى هذا المقام بمنزلة اللغو فان المقصود بيان الاختصاص الشرعى وتعليل ذلك الاختصاص كما فعله باختصاصه بالحرية وبالاسلام وبالاقامة وباليسار وعلى المعنى المذكور يلزم أن يكون المبين والمعلل ههنا مجرد تخصيص القدورى وجوبها بالوقت بدون أن يبين ويعلم اختصاصه الشرعى بذلك الوقت بشئ أصلا ولايخفى مافيه (قوله ووقت الاضحية يدخل بطلوع الفجر من يوم النحر الا أنه لايجوز لاهل الامصار الذبح حتى يصلى الامام العيد) قال صاحب النهاية وهذه العبارة تشير الى ماذكره فى المبسوط بقوله ومن ضحى قبل الصلاة فى المصر لايجزيه لعدم الشرط لا لعدم الوقت أقول فى هذا اشكال لان الحديثين اللذين ذكرهما المصنف فيما بعد وجعلهما الاصل فى هذه المسئلة وكذا سائر الاحاديث الواردة فى بيان وقت جواز التضحية لايدل شئ منها على دخول وقت الاضحية بطلوع الفجر من يوم النحر فى حق أهل الامصار بل يدل ظاهر كل منها على أن أول وقتها فى حق من عليه الصلاة بعد الصلاة فن أين أخذ دخول وقتها بطلوع الفجر من يوم النحر فى حق أهل الامصار أيضا وعلى تقدير أن يتحقق المأخذ لذلك فالاشكال باق لانه اذا لم تتأد الاضحية بالذبح بعد طلوع الفجر من يوم النحر قبل الصلاة فى حق أهل الامصار بل لم يمكن أداؤها قبل الصلاة فى حقهم لعدم تحقق الشرط فما معنى جعل ذلك الوقت قبل الصلاة من يوم النحر وقتا للاضحية فى حق أهل الامصار

تعالى لعل مراده واذا اراد احدهم بنصيبه اللحم لم يجز عن الباقين الى آخره (قوله يؤيده ماروى على كل مسلم فى كل عام اضحاة وعتيرة) هذا محكم وقوله عليه الصلاة والسلام على كل أهل البيت محتمل فحملناه على المحكم ولو كانت البدنة بين اثنين نصفين يجوز فى الاصح هذا احتراز عن قول بعض المشايخ رحمهم الله فانهم قالوا لايجزيهما لان كل واحد منهما ثلاثة اسباع ونصف سبع ونصف السبع لايجوز فى الاضحية فاذا لم يجز البعض لم يجز الباقى وقال بعضهم يجوز وبه اخذ الفقيه أبو الليث رحمه الله والصدر الشهيد رحمه الله لانه لما جاز ثلاثة الاسباع صار نصف السبع تبعا ووجه ذلك ان نصف السبع وان لم يكن أضحية فهى قربة تبعا للاضحية كما اذا ضحى شاة فخرج من بطنها جنين حى فانه يجب عليه ان يضحيها وان لم يجز تضحيته ابتداء (قوله الااذا كان معه شئ من الاكارع والجلد) يعنى اذا كان مع احدهما بعض الاكارع ومع الآخر الجلد أو بعض الاكارع أو مع احدهما بعض الاكارع والجلد حتى يصرف الجنس الى خلاف الجنس فيجوز كما فى البيع أى فى بيع الجنس مع الجنس جزافا اذا كان مع احدهما او مع كل واحد منهما شئ من خلاف الجنس فيجوز (قوله والاشتراك هذه صفته) أى البيع بطريق التمول (قوله لان بالشراء للتضحية لايمتنع البيع) وفى المبسوط واذا اشترى اضحية ثم باعها فاشترى مثلها فلا باس بذلك لان بنفس الشراء لاتتعين الاضحية قبل ان يوجبها (قوله يكره الاشتراك بعد الشراء لما بينا) اراد به قوله لانه اعدها

وقوله (يجوز فى الاصح) احتراز عن قول بعض المشايخ رحمهم الله انه لايجوز لان لكل واحد منهما ثلاثة أسباع ونصف سبع ونصف السبع لايجوز فى الاضحية واذا لم يجز البعض لم يجز الباقى وجه الاصح ماذكره فى الكتاب وبه أخذ الفقيه أبو الليث والصدر الشهيد رحمهما الله وقوله (الااذا كان معه شئ من الاكارع والجلد) بان يكون مع أحدهما بعض اللحم مع الاكارع ومع الآخر البعض مع الجلد صرفا للجنس الى خلاف الجنس وقوله (اعتبارا بالبيع) لان فى القسمة معنى التمليك فلم يجز مجازفة عند وجود القدر والجنس وقوله (وقد أمكن) يعنى دفع الحرج لان بالشراء للتضحية لايمتنع البيع ولهذا لو اشترى أضحية ثم باعها واشترى مثلها لم يكن به باس وقوله (لما بينا) أراد به قوله لانه أعدها للقربة فيمتنع عن بيعها الى آخره وقوله (وما رويناه حجة على مالك والشافعى رحمهما الله) اشارة الى قوله ومن ذبح

(قوله ولهذا لو اشترى أضحية ثم باعها واشترى مثلها لم يكن به باس) أقول فيه بحث

الصلاة فليعد ذبيحته ومن ذبح بعد الصلاة فقد تم نسكه وأصاب سنة المسلمين وقال عليه السلام ان أول نسكنا فى هذا اليوم الصلاة ثم الاضحية غير أن هذا الشرط فى حق من عليه الصلاة وهو المصرى دون أهل السواد لان التأخير لاحتمال التشاغل به عن الصلاة ولا معنى للتأخير فى حق القروى ولا صلاة عليه وما رويناه حجة على مالك والشافعى رحمهما الله فى نفيهما الجواز بعد الصلاة قبل نحر الامام ثم المعتبر فى ذلك مكان الاضحية حتى لو كانت فى السواد والمضحى فى المصر يجوز كما انشق الفجر ولو كان على العكس لا يجوز الا بعد الصلاة وحيلة المصرى اذا أراد التعجيل أن يبعث بها الى خارج المصر فيضحى بها كما طلع الفجر لانها تشبه الزكاة من حيث انها تسقط بهلاك المال قبل مضى أيام النحر كالزكاة بهلاك النصاب فيعتبر فى الصرف مكان المحل لا مكان الفاعل اعتبارا بها بخلاف صدقة الفطر لانها لا تسقط بهلاك المال بعد ما طلع الفجر من يوم الفطر ولو ضحى بعد ما صلى أهل المسجد ولم يصل أهل الجبانة أجزأه استحسانا لانها صلاة معتبرة حتى لو اكتفوا بها أجزأتهم وكذا على عكسه وقيل هو جائز قياسا واستحسانا

أيضا وما ثمرة ذلك والظاهر أن ثمرة كون وقت ما وقت الواجب صحة أداء ذلك الواجب فى ذلك الوقت ولا أقل من امكان أدائه فيه فتأمل ثم ان صاحب الوقاية قال فى تحرير هذه المسئلة وأول وقتها بعد الصلاة ان ذبح فى مصر و بعد طلوع فجر يوم النحر ان ذبح فى غيره وآخره قبيل غروب اليوم الثالث اه ورد عليه صاحب الاصلاح والايضاح حيث قال فى متنه وأول وقتها بعد طلوع فجر يوم النحر وآخره قبيل غروب اليوم الثالث وشرط تقديم الصلاة عليها ان ذبح فى مصر وان ذبح فى غيره لا وقال فيما نقل عنه فى الحاشية هذا من المواضع التى أخطأ فيها تاج الشريعة حيث زعم أن أول وقتها يختلف بحسب مكان الفعل ولم يتنبه له تاج الشريعة اه كلامه أقول لا خطأ فى كلام تاج الشريعة أصلا فان مراده بقوله وأول وقتها أول وقت أدائها لا أول وقت وجوبها ولا شك أنه اذا كان تقديم الصلاة عليه شرطا فى حق أهل الامصار كان أول وقت أدائها فى حقهم بعد الصلاة وان كان أول وقت وجوبها بعد طلوع الفجر من يوم النحر و يؤيده جدا عبارة الامام قاضيخان فى فتاواه حيث قال و وقت الاداء لمن كان فى المصر بعد فراغ الامام عن صلاة العيد اه (قوله ولو ضحى بعد ما صلى أهل المسجد ولم يصل أهل الجبانة أجزأه استحسانا لانها صلاة معتبرة حتى لو اكتفوا بها أجزأتهم) قال الشراح قوله أجزأه استحسانا يشير الى أنه لا يجزئه قياسا وذلك لان اعتبار جانب أهل الجبانة يمنع الجواز واعتبار جانب أهل المسجد يجوز ذلك فانه قبل الصلاة من وجه وبعد الصلاة من وجه فوقع الشك وفى العبادات يؤخذ بالاحتياط ووجه الاستحسان ما ذكر فى الكتاب انتهى أقول هنا بحث وهو أن ما ذكر فى الكتاب من وجه الاستحسان لا يدفع وجه القياس الذى ذكروه لان كون صلاة أهل المسجد صلاة معتبرة لا ينافى كون صلاة أهل الجبانة أيضا صلاة معتبرة كيف وقول المصنف وكذا على هذا عكسه صريح فى أن

للقربة فيمنع عن بيعها الى آخره (قوله وما رويناه حجة على مالك والشافعى رحمهما الله فى نفى الجواز بعد الصلاة قبل نحر الامام) اراد به قوله عليه الصلاة والسلام ومن ذبح بعد الصلاة فقد تم نسكه وهو لعمومه يتناول ما قبل نحر الامام وما بعده (قوله فيعتبر فى الصرف) أى فى الاراقة مكان المحل أى المال لا مكان الفاعل اعتبارا بالزكوة بخلاف صدقة الفطر لانها لا تسقط بهلاك المال بعد ما طلع الفجر من يوم الفطر فكان محلها الذمة فاعتبرنا فيها مكان المؤدى لا مكان الولد والرقيق على ما عليه الفتوى (قوله حتى لو اكتفوا بها اجزأتهم يعنى لا يجب عليهم الذهاب الى الجبانة ولو لم تكن معتبرة لوجب عليهم الذهاب اليها وهذا استحسان والقياس ان لا يجوز لانها عبادة دارت بين الجواز وعدمه فينبغى ان لا يجوز احتياطا وهذا لانها من حيث كونها بعد الصلاة تجوز ومن حيث كونها قبل الصلاة التى تؤدى فى الجبانة لا تجوز (قوله وكذا على هذا عكسه) أى على القياس والاستحسان اذا صلى اهل الجبانة دون اهل المسجد وقيل هو جائز قياسا واستحسانا لان المسنون فى العيد الخروج الى الجبانة فاهل الجبانة اصل وقد صلوا

بعد الصلاة فقد تم نسكه وأصاب سنة المسلمين فانه باطلاقه يتناول ما قبل نحر الامام وما بعده وقوله (ولو ضحى بعد ما صلى أهل المسجد) معناه أن يخرج الامام بالناس الى الجبانة ويستخلف من يصلى بالضعفة فى الجامع هكذا فعله على رضى الله عنه حين قدم الكوفة وقوله (أجزأه استحسانا) يشير الى أنه لا يجوز قياسا لان اعتبار جانب أهل الجبانة يمنع الجواز واعتبار جانب أهل المسجد يجوز وفى العبادات يؤخذ بالاحتياط ووجه الاستحسان ما ذكره فى الكتاب وقوله (وقيل هو جائز) أى العكس جائز قياسا واستحسانا والفرق أن المسنون فى العيد هو الخروج الى الجبانة وأهل الجبانة هم الاصل وقد صلوا فيجوز قياسا واستحسانا

قال (وهى جائزة فى ثلاثة أيام الخ) كلامه واضح قوله (ويجوز الذبح فى لياليها) أى فى ليالى أيام النحر المراد بها الليلتان المتوسطتان لاغير فلا تدخل الليلة الاولى وهى ليلة العاشر من ذى الحجة ولا ليلة الرابع عشر من يوم النحر لان وقت الاضحية يدخل بطلوع الفجر من يوم النحر على ماذكر فى الكتاب وهو اليوم العاشر ويفوت بغروب الشمس من اليوم الثانى عشر فلا يجوز فى ليلة النحر البتة لوقوعها قبل وقتها ولا فى ليلة التشريق المحض لخروجه وانما جازت فى الليل لان الليالى تبع للايام وأما الكراهة فلما ذكره فى الكتاب وقوله

(والتضحية فيها) أى فى أيام النحر (أفضل من التصدق بثمن الاضحية) أما فى حق الموسر فلانها تقع واجبة فى ظاهر الرواية أو سنة فى أحد قولى أبى يوسف رحمه الله والتصدق بالثمن تطوع محض ولا شك فى أفضلية الواجب أو السنة على التطوع وأما فى حق المعسر فلان فيها جمعا بين التقرب باراقة الدم والتصدق والاراقة قربة تفوت بفوات هذه الايام ولا شك أن الجمع بين القربتين أفضل وهذا الدليل يشمل الغنى والفقير وتشبيهه بالصلاة والطواف ظاهر فان الطواف فى حق الآفاقى لفواته أفضل من صلاة التطوع التى لا تفوت بخلاف المكى فان الصلاة فى حقه أفضل (ولو لم يضح حتى مضت أيام النحر ان كان أوجب على نفسه) بان عين شاة فقال لله على أن أضحى بهذه الشاة سواء كان الموجب فقيرا أو غنيا (أو كان) المضحى (فقيرا وقد اشترى شاة بنية الاضحية تصدق بها حية وان كان) من لم يضح (غنيا) ولم يوجب على نفسه شاة بعينها (تصدق بقيمة شاة اشترى أو لم يشتر لانها واجبة على الغنى) عينها أو لم يعينها (وعلى الفقير بالشراء بنية التضحية عندنا) فاذا

قال (وهى جائزة فى ثلاثة أيام يوم النحر ويومان بعده) وقال الشافعى ثلاثة أيام بعده لقوله عليه السلام أيام التشريق كلها أيام ذبح ولنا ماروى عن عمر وعلى وابن عباس رضى الله عنهم أنهم قالوا أيام النحر ثلاثة أفضلها أولها وقد قالوه سماعا لان الرأى لا يهتدى الى المقادير وفى الاخبار تعارض فاخذنا بالمتيقن وهو الاقل وأفضلها أولها كما قالوا ولان فيه مسارعة الى أداء القربة وهو الاصل الا لمعارض ويجوز الذبح فى لياليها الا أنه يكره لاحتمال الغلط فى ظلمة الليل وأيام النحر ثلاثة وأيام التشريق ثلاثة والكل يمضى باربعة أولها نحر لاغير وآخرها تشريق لاغير والمتوسطان نحر وتشريق والتضحية فيها أفضل من التصدق بثمن الاضحية لانها تقع واجبة أو سنة والتصدق تطوع محض فتفضل عليه ولانها تفوت بفوات وقتها والصدقة يؤتى بها فى الاوقات كلها فنزلت منزلة الطواف والصلاة فى حق الآفاقى (ولو لم يضح حتى مضت أيام النحر ان كان أوجب على نفسه أو كان فقيرا وقد اشترى الاضحية تصدق بها حية وان كان غنيا تصدق بقيمة شاة اشترى أو لم يشتر) لانها واجبة على الغنى وتجب على الفقير بالشراء بنية التضحية عندنا

صلاة أهل الجبانة أيضا صلاة معتبرة والا لم يجز العكس فاذا كانت كلتا الصلاتين معتبرة وقع الشك فى جواز التضحية بعد احدى الصلاتين قبل الاخرى واقتضى الاخذ بالاحتياط فى العبادات عدم جوازها فلم يتم وجه الاستحسان الذى ذكره فى الكتاب فى مقابلة وجه القياس الذى ذكروه فكيف يترك به القياس كما هو مقتضى جواب مسئلة الكتاب (قوله وهى جائزة فى ثلاثة أيام يوم النحر ويومان بعده) أقول لقائل أن يقول ان قوله ويومان بعده يشعر بانهما ليسا من أيام النحر لان معناه ويومان بعد يوم النحر والظاهر أن ما كان بعد يوم النحر ليس بيوم النحر وقد قال فيما بعد أيام النحر ثلاثة والجواب أن المراد بقوله يوم النحر هو يوم النحر المحض واليومان اللذان بعده ليسا بنحر محض وانما هما نحر وتشريق كما سيأتى فى الكتاب والتحقيق أن يوم النحر بالافراد صار بمنزلة العلم لليوم الاول من أيام النحر وهو يوم العيد وأما أيام النحر بالجمع فيتناول يوم العيد واليومين اللذين بعده على السوية فلا تدافع بين الكلامين فى المقامين تبصر ترشد (قوله ولو لم يضح حتى مضت أيام النحر ان كان أوجب على نفسه أو كان فقيرا وقد اشترى الاضحية تصدق بها حية) قال فى معراج الدراية قيد الايجاب على نفسه غير مفيد لانه لو كان واجبا بدون الايجاب على نفسه فالحكم كذلك

(قوله كما قالوا) أى عمر وعلى وابن عباس رضى الله عنهم (قوله وهو الاصل) أى الاصل المسارعة الى اداء القربة الا لمعارض كما فى الاسفار بالفجر والابراد بالظهر ونحوه وهو قوله عليه الصلاة والسلام اسفروا وابردوا (قوله لاحتمال الغلط فى ظلمة الليل) أى فى المذبح أو فى الشاة فى انها له أو لغيره أو بذبح شاة فات فيها بعض الشرائط (قوله فنزلت منزلة الطواف فان الطواف بالبيت أفضل فى حق الآفاقى من الصلاة (قوله ان كان أوجب على نفسه) أى شاة بعينها بان يكون فى ملكه شاة فيقول اضحى بهذه أو يقول لله على ان اضحى بهذه أو يقول على ان أضحى بهذه أو يكون فقيرا اشترى شاة بنية الاضحية عليه ان يتصدق بها حية وان ذبح لا يجوز له التناول من لحمها بل يتصدق بلحمها وفضل ما بين قيمتها مذبوحة وغير مذبوحة كذا فى الايضاح (قوله وتجب على الفقير بالشراء بنية الاضحية) وروى الزعفرانى عن أصحابنا رحمهم الله انه لا يجب

(قوله ولا شك أن الجمع بين القربتين) أقول لا يوافق المشروح اذ لا تعرض فيه للجمع بين القربتين فانه يصلح دليلا مستقلا من غير اعتبار فواته بفوات الايام ثم لا يستقيم تشبيهه بالطواف كما لا يخفى (قوله وجب التصدق بالعين) أقول لا يلائم الاعتبار بالجمعة والصوم ومراد المصنف تصدق بالقيمة للغنى الغير الموجب كما لا يخفى

فاذا فات الوقت وجب عليه التصدق اخراجاله عن العهدة كالجمعة تقضى بعد فواتها ظهرا والصوم بعد العجز فدية قال (ولا يضحى بالعمياء والعوراء والعرجاء التى لا تمشى الى المنسك ولا العجفاء) لقوله عليه السلام لا تجزئ فى الضحايا أربعة العوراء البين عورها والعرجاء البين عرجها والمريضة البين مرضها والعجفاء التى لا تنقى قال (ولا تجزئ مقطوعة الاذن والذنب) أما الاذن فلقوله عليه السلام استشرفوا العين والاذن أى اطلبوا سلامتهما وأما الذنب فلانه عضو كامل مقصود فصار كالاذن قال (ولا التى ذهب أكثر أذنها اوذنبها

انتهى أقول ليس ذلك بسديد لان الحكم هنا هو التصدق بها حية وليس الحكم كذلك فيما لو كان واجبا بدون الايجاب على نفسه فان الحكم هنالك هو التصدق بقيمتها لا التصدق بعينها حية كما أفصح عنه المصنف بقوله وان كان غنيا تصدق بقيمة شاة اشترى أو لم يشتر (قوله فاذا فات الوقت وجب عليه التصدق اخراجاله عن العهدة كالجمعة تقضى بعد فواتها ظهرا والصوم بعد العجز فدية) قال صاحب العناية فى شرح هذا المحل فاذا فات وقت التقرب بالاراقة والحق مستحق وجب التصدق بالعين أو القيمة اخراجاله عن العهدة كالجمعة تقضى بعد فواتها ظهرا والصوم بعد العجز فدية والجامع بينهما من حيث ان قضاء ما وجب عليه فى الاداء بجنس خلاف جنس الاداء انتهى ورد عليه بعض الفضلاء حيث قال قوله وجب التصدق بالعين لا يلائم الاعتبار بالجمعة والصوم ومراد المصنف التصدق بالقيمة للغنى الغير الموجب كما لا يخفى انتهى أقول ذلك ساقط اذ لا نسلم أنه لا يلائم الاعتبار بالجمعة والصوم لان الاعتبار بهما من حيث ان القضاء بغير المثل كما نبه عليه صاحب العناية بقوله والجامع بينهما من حيث ان قضاء ما وجب عليه فى الاداء بجنس خلاف جنس الاداء ولا يذهب على ذى فطنة أن هذا المعنى متحقق فى التصدق بالعين أيضا لان الواجب عليه فى الاداء اراقة الدم والتصدق ليس من جنس الاراقة سواء كان بالقيمة أو بالعين ثم ان كون مراد المصنف بالتصدق فى قوله فاذا فات الوقت وجب عليه التصدق هو التصدق بالقيمة للغنى الغير الموجب وحده كما زعمه ذلك البعض مما لا يناسب شان المصنف جدا اذ يلزم حينئذ أن يترك بيان وجه المسئلة فيما اذا كان أوجب على نفسه أو كان فقيرا وقد اشتراها بنية الاضحية فيكون ذلك تقصيرا منه فى افادة حق المقام بلا ضرورة وحاشى له من ذلك فالحق أن مراده بالتصدق المذكور ما يعم التصدق بالعين وبالقيمة كما أشار اليه صاحب العناية بقوله وجب التصدق بالعين أو القيمة (قوله ولا يضحى بالعمياء والعوراء الخ) قال صاحب النهاية لما ذكر ما يجوز به الاضحية شرع فى بيان ما لا يجوز به الاضحية انتهى أقول هذا ليس بسديد اذ لا يذهب عليك أنه لم يذكر فيما قبل ما يجوز به الاضحية وانما ذكره فيما بعد بقوله ويجوز أن يضحى بالجماء والخصى والثولاء الى آخره والذى ذكره فيما قبل انما هو صفة الاضحية من الوجوب أو السنية وشرائطها من الحرية والاسلام ونحوهما ومن وجبت عليه الاضحية وعدد من يذبح عنه كل من الشاة والبقرة والبدنة وأول وقت الاضحية وعدد أيامها وما يتعلق بكل واحد من هاتيك الامور من الفروع والاحكام كما حققه من قبل ولعل صاحب العناية تداركه حيث قال فى شرح هذا المقام هذا بيان ما لا يجوز التضحية به ولم يتعرض لذكر ما يجوز التضحية به

وهو قول الشافعى رحمه الله لان القرب انما يلزم بالشروع أو بالنذر ولم يوجد واحد وانا نقول الشراء من الفقير مقرونا بنية الاضحية بمنزلة النذر ودفع النبى صلى الله عليه وسلم الى حكيم بن حزام أو الى غيره دينارا ليشترى به الاضحية فاشترى شاتين وباع احداهما بدينارين ثم اشترى بدينار شاة فجاء بالشاة والدينار فأمر النبى عليه الصلاة والسلام ان يضحى الشاة و يتصدق بالدينار وفيه دليل على جواز بيع الاضحية وعلى ان الاضحية لزمته لمجرد النية مقرونا بالشراء اذ تصدق بالدينار (قوله كالجمعة تقضى بعد فواتها ظهرا) والجامع بينهما ان قضاء ما وجب عليه فى الاداء بجنس غير جنس الاداء (قوله البين عرجها) هى ان لا يمكنها المشى بوجلها العرجاء وانما تمشى بثلاث قوائم حتى لو كانت تضع الرابعة على الارض وتستعين بها يجوز ذكره خواهر زاده رحمه الله (قوله التى لا تنقى) أى ليس لها نقى وهو المخ من شدة العجف

فاذا فات وقت التقرب بالاراقة) والحق مستحق (وجب التصدق) بالعين أوالقيمة (اخراجاله عن العهدة كالجمعة تقضى بعد فواتها ظهرا والصوم بعد العجز فدية) والجامع بينهما من حيث ان قضاء ما وجب عليه فى الاداء بجنس خلاف جنس الاداء قال (ولا يضحى بالعمياء والعوراء) هذا بيان ما لا يجوز التضحية به والاصل فيه أن العيب الفاحش مانع واليسير غير مانع لان الحيوان قلما ينجو عن يسير العيب واليسير ما لا أثر له فى لحمها وللعور أثر فى ذلك لانه لا يبصر بعين واحدة من العلف ما يبصر بعينين وقلة العلف تورث الهزال

والحديث المذكور دال على ذلك والعرجاء البين عرجها هي ما لا يمكنها المشي برجلها العرجاء وانما تمشي بثلاث قوائم

وان بقي أكثر الاذن والذنب جاز) لان للاكثر حكم الكل بقاء وذهابا ولان العيب اليسير لا يمكن التحرز عنه فجعل عفوا واختلفت الرواية عن أبي حنيفة في مقدار الاكثر ففي الجامع الصغير عنه وان قطع من الذنب أو الاذن أو العين أو الالية الثلث أو أقل أجزأه وان كان أكثر لم يجزه لان الثلث تنفذ فيه الوصية من غير رضا الورثة فاعتبر قليلا وفيما زاد لا تنفذ الا برضاهم فاعتبر كثيرا ويروى عنه الربع لانه يحكي حكاية الكمال على ما مر في الصلاة ويروى الثلث لقوله عليه السلام في حديث الوصية الثلث والثلث كثير وقال أبو يوسف ومحمد اذا بقي الاكثر من النصف أجزأه اعتبارا للحقيقة على ما تقدم في الصلاة وهو اختيار الفقيه أبي الليث وقال أبو يوسف أخبرت بقولي أبا حنيفة فقال قولي هو قولك قيل هو رجوع منه الى قول أبي يوسف وقيل معناه قولي قريب من قولك وفي كون النصف مانعا روايتان عنهما كما في انكشاف العضو عن أبي يوسف ثم معرفة المقدار في غير العين متيسر وفي العين قالوا تشد العين المعيبة بعد أن لا تعتلف الشاة يوما أو يومين ثم يقرب العلف اليها قليلا قليلا فاذا رأته من موضع أعلم على ذلك المكان ثم تشد عينها الصحيحة وقرب اليها العلف قليلا قليلا حتى اذا رأته من مكان أعلم عليه ثم ينظر الى تفاوت ما بينهما فان كان ثلثا فالذاهب الثلث وان كان نصفا فالنصف قال (ويجوز أن يضحي بالجماء) وهي التي لا قرن لها لان القرن لا يتعلق به مقصود وكذا مكسورة القرن لما قلنا (والخصي) لان لحمها أطيب وقد صح أن النبي صلى الله عليه وسلم ضحى بكبشين أملحين موجوأين (والثولاء) وهي المجنونة وقيل هذا اذا كانت تعتلف لانه لا يخل بالمقصود أما اذا كانت لا تعتلف فلا تجزئه والجرباء ان كانت سمينة جاز لان الجرب في الجلد ولا نقصان في اللحم وان كانت مهزولة لا يجوز لان الجرب في اللحم فانتقص وأما الهتماء وهي التي لا أسنان لها فعن أبي يوسف أنه يعتبر في الاسنان الكثرة والقلة وعنه ان بقي ما يمكنه الاعتلاف به أجزأه لحصول المقصود والسكاء وهي التي لا اذن لها خلقة لا تجوز لان مقطوع أكثر الاذن اذا كان لا يجوز فعديم الاذن أولى (وهذا) الذي ذكرنا (اذا كانت هذه العيوب قائمة وقت الشراء ولو اشتراها سليمة ثم تعيبت بعيب مانع ان كان غنيا عليه غيرها وان فقيرا تجزئه هذه) لان الوجوب على الغني بالشرع ابتداء لا بالشراء فلم تتعين به وعلى الفقير بشرائه بنية الاضحية فتعينت ولا يجب عليه ضمان

(قوله واختلفت الرواية عن أبي حنيفة في مقدار الاكثر الخ) أقول تطبيق هذه الروايات عن أبي حنيفة رحمه الله على عبارة مسئلة الكتاب مشكل لان عبارتها أكثر اذنها وذنبها بصيغة التفضيل والاضافة الى الاذن والذنب وهي تقتضي أن يكون الجزء الباقي منهما أقل وهذا غير متحقق في شيء من هذه الروايات عنه أما في رواية الربع ورواية الثلث فظاهر اذ لا شك أن الربع ليس بأكثر من ثلاثة أرباع ولا الثلث بأكثر من الثلثين وأما في رواية الاكثر من الثلث فلان الاكثر من الثلث اذا لم يجاوز النصف لم يصر أكثر الكل وفي رواية الاكثر من الثلث عنه لم يشترط تجاوز النصف ولا الوصول الى النصف بل اعتبر الزيادة على

(قوله بقاء وذهابا) أي بقاء الاكثر كبقاء الكل وذهاب الاكثر كذهاب الكل والاصل ان العيب الفاحش مانع واليسير غير مانع لان الحيوان قلما يخلو عنه فلا يمكن الاحتراز عنه ولانه عليه الصلاة والسلام شرط ان يكون بينا واليسير لا يكون بينا (قوله واختلف الرواية عن أبي حنيفة رحمه الله في مقدار الاكثر روي عنه أربع روايات فيه) والكل مذكور في الهداية (قوله قيل هو رجوع منه الى قول أبي يوسف رحمه الله) وكان يقول أولا الثلث قليل والكثير ما زاد على الثلث ثم رجع وقال الكثير النصف وما زاد على النصف كما هو قولهما وقيل معناه قولي قريب من قولك لان أبا يوسف رحمه الله اعتبر الاكثر من النصف وأبا حنيفة رحمه الله اعتبر الاكثر من الثلث والثلث أقرب الى النصف من غيره (قوله أملحين موجوأين) كبش أملح فيه ملحة وهي بياض يشوبه شعرات سود وهي من لون الملح والوجاء على فعال نوع من الخصاء وهو ان يضرب العروق بحديدة و يطعن فيهما من غير اخراج الخصيتين يقال كبش موجوء اذا فعل به ذلك (قوله ان كان هذا) يعني

حتى لو كانت تضع الرابعة على الارض وتستعين بها جاز والعجفاء التي لا تنقي هي التي ليس لها نقي أي مخ من شدة العجف وبقية الكلام مواضع قوله (وقيل معناه قولي قريب من قولك) أي قولي الاول وهو أن الاكثر من الثلث مانع لا ما دونه أقرب الى قولك الذي هو أن الاكثر من النصف اذا بقي أجزأه بالنسبة الى قول من يقول ان الربع أو الثلث مانع وفي كون النصف مانعا عن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله روايتان وقد تقدم وجه ذلك في انكشاف العضو في أول الكتاب وقوله (لان القرن لا يتعلق به مقصود) ألا ترى أن التضحية بالابل جائزة ولا قرن له والكبش الاملح ما فيه ملحة وهي بياض يشوبه شعيرات سود والوجء نوع من الخصاء وهو ان ترض العروق من غير اخراج الخصيتين وقوله (فتعينت) يعني هذه الشاة المشتراة للاضحية

(قوله والحديث المذكور دال على ذلك) أقول أشار بذلك الى قوله والاصل فيه أن العيب الفاحش مانع الخ (قال المصنف وان قطع من الذنب أو الاذن أو العين) أقول اطلاق القطع بالعين لعله بطريق التغليب (قال المصنف فاعتبر كثيرا) أقول الذي يعطى له حكم الكل هو الاكثر لا الكثير فلا يتم التقريب

نقصانه

وقوله (كما في نصاب الزكاة) فانه اذا نقص بعد ما وجبت الزكاة فيه يسقط بقدره ولا يضمنه رب المال لان النقصان لم يكن بفعله والجامع بينهما أن محل الوجوب فيهما جميعا المال لا الذمة فاذا هلك المال سقط الوجوب (وعن هذا الاصل) يعني كون الوجوب على الغني بالشرع لا بالشراء وعلى الفقير بالعكس وقوله (وعلى الفقير ذبحهما) لان الوجوب عليه

بالشراء وقد تعدد وهذا الذي ذكره من الاصل يوافق ما ذكره شيخ الاسلام رحمه الله ان المشترى اذا كان موسرا لا تصير واجبة بالشراء بنية الاضحية باتفاق الروايات وان كان معسرا ففي ظاهر الرواية عن أصحابنا رحمهم الله تجب وروى الزعفراني عن أصحابنا أنها لا تجب وهو رواية النوادر وقوله (فانكسرت رجلها) من باب ذكر الخاص وارادة العام فانه اذا أصابها مانع غير الانكسار بالاضطراب حالة الاضجاع للذبح كان الحكم كذلك وانما قيد الاجزاء بالاستحسان لان وجه القياس بخلافه لان تادي الواجب بالتضحية لا بالاضجاع وهي معيبة عندها فصار كما لو كانت كذلك قبله وقوله (لانه حصل بمقدمات الذبح) دليل محمد ودليل أبي يوسف رحمهما الله أن الفور لما انقطع خرج الفعل الذي تعيبت به من أن يكون سببا من أسباب هذا الذبح الذي وجد بعد الفور فصار بمنزلة ما حصل بفعل آخر قال (والاضحية من الابل والبقر الخ) كلامه واضح وقيد بقوله في مذهب الفقهاء لان عند أهل اللغة الجذع من

نقصانه كما في نصاب الزكاة وعن هذا الاصل قالوا اذا ماتت المشتراة للتضحية على الموسر مكانها أخرى ولا شئ على الفقير ولو ضلت أو سرقت فاشترى أخرى ثم ظهرت الاولى في أيام النحر على الموسر ذبح احداهما وعلى الفقير ذبحهما (ولو أضجعها فاضطربت فانكسرت رجلها فذبحها أجزأه استحسانا) عندنا خلافا لزفر والشافعي رحمهما الله لان حالة الذبح ومقدماته ملحقة بالذبح فكأنه حصل به اعتبارا وحكما (وكذا لو تعيبت في هذه الحالة فانفلتت ثم أخذت من فوره وكذا بعد فوره عند محمد خلافا لابي يوسف) لانه حصل بمقدمات الذبح قال (والاضحية من الابل والبقر والغنم) لانها عرفت شرعا ولم تنقل التضحية بغيرها من النبي عليه السلام ولا من الصحابة رضي الله عنهم قال (ويجزئ من ذلك كله الثني فصاعدا الا الضان فان الجذع منه يجزئ) لقوله عليه السلام ضحوا بالثنايا الا أن يعسر على أحدكم فليذبح الجذع من الضان وقال عليه السلام نعمت الاضحية الجذع من الضان قالوا وهذا اذا كانت عظيمة بحيث لو خلط بالثنيان يشتبه على الناظر من بعيد والجذع من الضان ما تمت له ستة أشهر في مذهب الفقهاء وذكر الزعفراني أنه ابن سبعة أشهر والثني منها ومن المعز ابن سنة ومن البقر ابن سنتين ومن الابل ابن خمس سنين ويدخل في البقر الجاموس لانه من جنسه والمولود بين الاهلي والوحشي يتبع الام لانها هي الاصل في التبعية حتى اذا نزا الذئب على الشاة يضحى بالولد قال (واذا اشترى سبعة بقرة ليضحوا بها فمات أحدهم قبل النحر وقالت الورثة اذبحوها عنه وعنكم أجزأهم وان كان شريك الستة نصرانيا أو رجلا يريد اللحم لم يجز عن واحد منهم) ووجهه أن البقرة تجوز عن سبعة لكن من شرطه أن يكون قصد الكل القربة وان اختلفت جهاتها كالاضحية والقران والمتعة عندنا لاتحاد المقصود وهو القربة وقد وجد

الثلث في الجملة فلم يلزم في عدم الاجزاء على هذه الرواية أيضا ذهاب أكثر الاذن والذنب فكيف يربط قوله واختلفت الرواية عن أبي حنيفة في مقدار الاكثر بما قبله من مسئلة الكتاب فان قلت ليس المراد بالاكثر في عبارة مسئلة الكتاب معنى التفضيل بل هو بمعنى الكثير كما يرشد اليه قول المصنف في بيان وجه رواية الاكثر من الثلث وفيما زاد لا تنفذ الا برضاهم فاعتبر كثيرا وقوله في بيان وجه رواية الثلث لقوله عليه السلام في حديث الوصية الثلث والثلث كثير ثم ليس المراد بالكثير أيضا الكثير بالاضافة الى الجزء الباقي والا يعود المحذور بل المراد به الكثير في نفسه والاضافة الى الاذن والذنب لمجرد بيان محل الكثرة فحينئذ يمكن تطبيق كل من الروايات المذكورة على عبارة مسئلة الكتاب قلت شرط استعمال صيغة التفضيل مجردة

أن لا يكون هذا وان وقع نادرا لا يجوز (قوله كما في نصاب الزكاة) يعني اذا انتقص النصاب بعد الحول ينتقص الواجب بقدره والجامع بينهما ان محل الوجوب فيهما جميعا المال لا الذمة حتى سقط الوجوب بهلاك ذلك المال المعين فيهما جميعا فكذا في النقصان ينتقص الواجب بقدره من غير ضمان (قوله خلافا لابي يوسف رحمه الله) هو يقول انه لو أخذ من فوره يكون ذلك الفعل سببا من أسباب هذا الذبح باعتبار الفور فيلحق به أما اذا انقطع الفور فالفعل الذي حصل به العيب لا يكون سببا من أسباب هذا الذبح الذي وجد بعد الفور فصار بمنزلة ما لو حصل بفعل آخر (قوله والجذع من الضان ما تمت له ستة أشهر في مذهب الفقهاء) قيد بمذهب الفقهاء احترازا عن قول أهل اللغة وفي المغرب الجذع من البهائم قبل الثني الا أنه من الابل في السنة الخامسة ومن البقر والشاة في السنة الثانية ومن الخيل في الرابعة والجمع جذعان وجذاع عن الزهري الجذع من المعز لسنة ومن الضان لثمانية أشهر (قوله لانها هي الاصل في التبعية) ذكر في الايضاح لان

الشياه ما تمت لها سنة كذا في النهاية وقوله لانها هي الاصل في التبعية لانه جزؤها ولهذا يتبعها في الرق والحرية وهذا لان المنفصل من الفحل هو الماء وانه غير محل لهذا الحكم والمنفصل من الام هو الحيوان وهو محل له فاعتبر بها قوله (لكن من شرطه أن يكون قصد الكل القربة) لان النص ورد على خلاف القياس في ذلك فان قيل النص ورد في الاضحية فكيف جوزتم مع اختلاف جهات القرب كالاضحية

(قوله من باب ذكر الخاص وارادة العام فانه الخ) أقول فيه أنه لا دلالة فيما ذكره على ما ادعاه لانه يعلم حكم سائر العيوب المانعة بطريق المقايسة

هذا الشرط في الوجه الاول لان التضحية عن الغير عرفت قربة ألا ترى أن النبي عليه السلام ضحى عن أمته على ما رويناه من قبل ولم يوجد في الوجه الثاني لان النصراني ليس من أهلها وكذا قصد اللحم ينافيها واذا لم يقع البعض قربة والاراقة لا تتجزأ في حق القربة لم يقع الكل أيضا فامتنع الجواز وهذا الذي ذكره استحسان والقياس أن لا يجوز وهو رواية عن أبي يوسف لانه تبرع بالاتلاف فلا يجوز عن غيره كالاعتاق عن الميت لكنا نقول القربة قد تقع عن الميت كالتصدق بخلاف الاعتاق لان فيه الزام الولاء على الميت (فلو ذبحوها عن صغير في الورثة أو أم ولد جاز) لما بينا أنه قربة (ولو مات واحد منهم فذبحها الباقون بغير اذن الورثة لا تجزيهم) لانه لم يقع بعضها قربة وفيما تقدم وجد الاذن من الورثة فكان قربة قال (ويأكل من لحم الاضحية ويطعم الاغنياء والفقراء ويدخر) لقوله عليه السلام كنت نهيتكم عن أكل لحوم الاضاحي فكلوا منها وادخروا ومتى جاز أكله وهو غني جاز أن يؤكله غنيا قال (ويستحب أن لا ينقص الصدقة عن الثلث) لان الجهات ثلاثة الاكل والادخار لما روينا والاطعام لقوله تعالى وأطعموا القانع والمعتر فانقسم عليها أثلاثا قال (ويتصدق بجلدها) لانه جزء منها (أو يعمل منه آلة تستعمل في البيت) كالنطع والجراب والغربال ونحوها لان الانتفاع به غير محرم (ولا بأس بأن يشتري به ما ينتفع بعينه في البيت مع بقائه) استحسانا وذلك مثل ما ذكرنا لان للبدل حكم المبدل

عن معنى التفضيل أن تكون عارية عن اللام والاضافة ومن كما تقرر في موضعه وفي عبارة مسئلة الكتاب وقعت مضافة فلا يصح تجريدها عن معنى التفضيل على قاعدة العربية ولئن أغمضنا عن ذلك لا يصح تعليل المصنف تلك المسئلة بقوله لان للاكثر حكم الكل بقاء وذهابا على تقدير أن يحمل الاكثر على الكثير المطلق اذ لو كان الكثير مطلقا حكم الكل بقاء وذهابا لزم أن يعتبر الاذن والذنب باقيا وذاهبا في حالة واحدة فيما اذا كان كل واحد من الباقي والذاهب منهما كثيرا في نفسه كما اذا ذهب ربعهما أو ثلثهما أو أكثر من ثلثهما في الجملة على ما وقع في الروايات المذكورة فيلزم جمع الحكمين المتضادين تأمل تقف (قوله ويستحب أن لا ينقص الصدقة عن الثلث لان الجهات ثلاثة الاكل والادخار لما روينا والاطعام لقوله تعالى وأطعموا القانع والمعتر فانقسم عليها أثلاثا) أقول لقائل أن يقول الامر المطلق للوجوب عند أكثر العلماء كما تقرر في علم الاصول فالظاهر من قوله تعالى وأطعموا القانع والمعتر وجوب الاطعام والمدعى استحبابه فليتأمل في الجواب (قوله ولا بأس بأن يشتري به ما ينتفع بعينه في البيت مع بقائه استحسانا وذلك مثل ما ذكرنا لان للبدل حكم المبدل) أقول لقائل أن يقول انه تعليل في مقابلة النص وهو قوله عليه السلام من باع جلد أضحيته فلا أضحية له فانه يتناول باطلاقه بيع الجلد بما ينتفع بعينه مع بقائه أيضا والتعليل في مقابلة النص غير مقبول على ما تقرر في أصول الفقه فليتأمل في الدفع

جانبها مرجح على جانب الفعل لانه يختلف فيها قوله وقالت الورثة أي الكبار منهم (قوله ولو ذبحوها عن صغير من الورثة أو أم ولد جاز) أي على الاستحسان اذا كان أحد الشركاء أم ولد ضحى عنها مولاها أو صغير ضحى عنه أبوه جاز لما بينا أنه قربة مالية فيجوز عن الغير والاختلاف انه ليس على المالك أن يضحي عن أحد من مماليكه فاذا تبرع بذلك جاز واذا جعل شريكا في بدنة ففيه قياس واستحسان (قوله ويأكل من لحم الاضحية) وفي الذخيرة اذا نذر ذبح شاة لا يأكل منها الناذر ولو أكل فعليه قيمتما أكل القانع السائل من القنوع لا من القناعة والمعتر الذي يتعرض للسؤال ولا يسأل (قوله وذلك مثل ما ذكرنا) يعني كالنطع والجراب والغربال والقدر والقصعة لانه لو دبغ وانتفع به في بيته يجوز فكذا اذا اشترى به ما ينتفع به في بيته لان البدل حكم المبدل (قوله كالخل والابازير) جمع الابزار وهو خلط القدر كالارز والحمص وغيرهما (قوله واللحم بمنزلة الجلد في الصحيح) وفي الاجناس لو أراد بيع لحم الاضحية ليتصدق بثمنها ليس له ذلك وليس له في اللحم الا أن يطعم أو يأكل فصار حاصل الجواب في الجلد أنه لو باعه بشئ ينتفع به بعينه يجوز ولو باعه بشئ

والقران والمتعة قلنا اعتمد على ذلك نزر ولم يجوز عند اختلافها لكنا نقول اذا كانت الجهات قربا اتحد معناها من حيث كونها قربة فجاز الالحاق بخلاف ما اذا كان بعضها غير قربة فانه ليس في معناها واذا بطل في ذلك بطل في الباقي لعدم التجزي وقوله (لما بينا انه قربة) يشير الى وجه الاستحسان وفي القياس لا يجوز لان الاراقة لا تتجزأ وبعض الاراقة توقع نفلا أولها فصار الكل كذلك ولم يعكس لان الواجب قد ينقلب تطوعا بخلاف العكس والاراقة قد تصير لحما مع نية القربة اذا لم تصادف محلها أو كانت في غير وقت الاضحية والاراقة للحم لا تصير قربة بحال قال (ويأكل من لحم الاضحية الخ) الاضحية اما أن تكون منذورة أو لا فان كان الثاني فالحكم ما ذكر في الكتاب وان كان الاول فليس لصاحبها أن يأكل من لحمها ولا أن يطعم الاغنياء لان سبيلها التصدق وليس للمتصدق أن يأكل من صدقته ولو أكل فعليه قيمتما أكل وقوله (لما روينا) يعني قوله عليه الصلاة والسلام فكلوا منها وادخروا والقانع هو السائل من القنوع لا من القناعة والمعتر هو الذي يتعرض للسؤال ولا يسأل

ولا

ولا يشترى به ما لا ينتفع به الا بعد استهلاكه كالخل والابازير) اعتبارا بالبيع بالدراهم والمعنى فيه أنه تصرف على قصد التمول واللحم بمنزلة الجلد في الصحيح فلو باع الجلد أو اللحم بالدراهم أو بما لا ينتفع به الا بعد استهلاكه تصدق بثمنه لان القربة انتقلت الى بدله وقوله عليه السلام من باع جلد أضحيته فلا أضحية له يفيد كراهة البيع أما البيع جائز لقيام الملك والقدرة على التسليم قال (ولا يعطى أجرة الجزار من الاضحية) لقوله عليه السلام لعلى رضى الله عنه تصدق بجلالها وخطامها ولا تعط أجر الجزار منها شيأ والنهى عنه نهى عن البيع أيضا لانه في معنى البيع قال (ويكره أن يجز صوف أضحيته وينتفع به قبل أن يذبحها) لانه التزم اقامة القربة بجميع أجزائها بخلاف ما بعد الذبح لانه أقيمت القربة بها كما في الهدى ويكره أن يحلب لبنها فينتفع به كما في الصوف قال (والافضل أن يذبح أضحيته بيده ان كان يحسن الذبح) وان كان لا يحسنه فالافضل أن يستعين بغيره واذا استعان بغيره ينبغى أن يشهدها بنفسه لقوله عليه السلام لفاطمة رضى الله عنها قومى فاشهدى أضحيتك فانه يغفر لك بأول قطرة من دمها كل ذنب قال (ويكره أن يذبحها الكتابى) لانه عمل هو قربة وهو ليس من أهلها ولو أمره فذبح جاز لانه من أهل الذكاة والقربة أقيمت بانابته ونيته بخلاف ما اذا أمر المجوسى لانه ليس من أهل الذكاة فكان افسادا قال (واذا غلط رجلان فذبح كل واحد منهما أضحية الآخر أجزأ عنهما ولا ضمان عليهما) وهذا استحسان وأصل هذا أن من ذبح أضحية غيره بغير اذنه لا يحل له ذلك وهو ضامن لقيمتها ولا يجزئه عن الاضحية في القياس وهو قول زفر وفي الاستحسان يجوز ولا ضمان على الذابح وهو قولنا وجه القياس أنه ذبح شاة غيره بغير أمره فيضمن كما اذا ذبح شاة اشتراها القصاب وجه الاستحسان أنها تعينت

(قوله ولا يشترى به ما لا ينتفع به الا بعد استهلاكه كالخل والابازير اعتبارا بالبيع بالدراهم والمعنى فيه أنه تصرف على قصد التمول) أقول فيه بحث أما أولا فلان اعتبار ذلك بالبيع بالدراهم غير واضح فان الدراهم مما لا ينتفع بعينها أصلا أى لا مع بقائها ولا بعد استهلاكها وانما هى وسيلة محضة فالمقصود منها التمول لا غير بخلاف مثل الخل والابازير فانه مما ينتفع به وان كان ذلك بعد استهلاكه فجاز أن يكون المقصود منه الانتفاع دون التمول والانتفاع بنفس جلد الاضحية غير محرم فكذا ببدله وأما ثانيا فلان عدم جواز بيع جلد الاضحية بالدراهم انما ثبت بخلاف القياس على ما نص عليه صاحب غاية البيان فانه بعد أن بين وجه الاستحسان في جواز بيعه بما ينتفع بعينه مع بقائه بأنه جاز له الانتفاع بالجلد فجاز له الانتفاع بالبدل لان البدل له حكم المبدل قال فكان القياس أن يجوز بيع الجلد بالدراهم أيضا الا أنا تركنا القياس بقوله عليه السلام لعلى رضى الله عنه ولا تعط أجر الجزار منها اذا أعطى أجر الجزار منها يصير بائع اللحم والجلد بالدراهم وقد ثبت المنع عنه بخلاف القياس فلا يقاس عليه غيره اهـ واذا كان كذلك فكيف يتم قياس عدم جواز بيع الجلد بمثل الخل والابازير على عدم جواز بيعه بالدراهم كما يقتضيه قول المصنف اعتبارا بالبيع بالدراهم وقد تقرر في أصول الفقه أن من شرط القياس أن لا يكون حكم الاصل معدولا عن القياس فالاظهر أن يترك القياس على

لا ينتفع به الا بعد ما استهلكه لا يجوز وفي اللحم لا يجوز أصلا سواء باعه بشئ ينتفع به بعينه أو باعه بشئ لا ينتفع به الا بعد استهلاكه وذكر شيخ الاسلام رحمه الله ان الجواب في اللحم كالجواب في الجلد ان باعه بشئ ينتفع به بعينه يجوز وتأيد هذا القول بما روى ابن سماعة عن محمد رحمهما الله انه لو اشترى باللحم ثوبا فلا بأس بلبسه وهذا هو اختيار صاحب الهداية (قوله لان القربة انتقلت الى بدله) لان معنى التمول سقط عن الاضحية فاذا تمولها بالبيع وجب التصدق كذا في الايضاح فان قيل ينبغى ان لا يجوز بيعه لقوله عليه الصلاة والسلام من باع جلد الاضحية فلا أضحية قلنا هذا يفيد كراهة البيع اما البيع فجائز لوجود الملك والقدرة على التسليم (قوله لانه في معنى البيع) لان كل واحد منهما معاوضة لانه انما يعطى الجزار بمقابلة جزره والبيع مكروه فكذا ما هو في معناه (قوله ويكره ان يحلب لبنها فينتفع بها كما في الصوف) أى كما يكره له الانتفاع بصوفها وهذا لان اللبن يتولد من عينها وقد جعلها للقربة فلا يصرف شيأ منها الى منفعة نفسه قبل ان يبلغ

وقوله (كالخل) بالخاء المعجمة والمهملة (والابازير) التوابل جمع أبزار بالفتح وقوله (في الصحيح) احترازا عما قيل انه ليس في اللحم الا الاكل والاطعام فلو باع بشئ ينتفع به بعينه لا يجوز والصحيح ما قال شيخ الاسلام ان اللحم بمنزلة الجلد ان باعه بشئ ينتفع به بعينه جاز وروى ابن سماعة عن محمد رحمهما الله انه لو اشترى باللحم ثوبا فلا بأس بلبسه وقوله (لان القربة انتقلت الى بدله) لان تملك البدل من حيث التمول ساقط فلم يبق الا جهة القربة وسبيلها التصدق وقوله (لانه في معنى البيع) لان كل واحد عقد معاوضة وقوله (من دمها كل ذنب) تمام الحديث أما انه يجاء بدمها ولحمها فيوضع في ميزانك وسبعون ضعفا فقال أبو سعيد الخدرى رضى الله عنه هذا لآل محمد خاصة أم لآل محمد والمسلمين عامة فقال عليه الصلاة والسلام لآل محمد خاصة وللمسلمين

الذبح لتعينها للاضحية حتى وجب عليه أن يضحي بها بعينها في أيام النحر ويكره أن يبدل بها غيرها فصار المالك مستعينا بكل من يكون أهلا للذبح آذناله دلالة لانها تفوت بمضي هذه الايام وعساه يعجز عن اقامتها بعوارض فصار كما اذا ذبح شاة شد القصاب رجلها فان قيل يفوته أمر مستحب وهو أن يذبحها بنفسه أو يشهد الذبح فلا يرضى به قلنا يحصل له به مستحبان آخران صيرورته مضحيا لما عينه وكونه معجلا به فيرتضيه ولعلمائنا رحمهم الله من هذا الجنس مسائل استحسانية وهي أن من طبخ لحم غيره أو طحن حنطته أو رفع جرته فانكسرت أو حمل على دابته فعطبت كل ذلك بغير أمر المالك يكون ضامنا ولو وضع المالك اللحم في القدر والقدر على الكانون والحطب تحته أو جعل الحنطة في الدورق وربط الدابة عليه أو رفع الجرة وأمالها الى نفسه أو حمل على دابته فسقط في الطريق فأوقد هو النار فيه وطبخه أو ساق الدابة فطحنها أو أعانه على رفع الجرة فانكسرت فيما بينهما أو حمل على دابته ما سقط فعطبت لا يكون ضامنا في هذه الصور كلها استحسانا لوجود الاذن دلالة اذا ثبت هذا فنقول في مسئلة الكتاب ذبح كل واحد منهما أضحية غيره بغير اذنه صريحا فهي خلافية زفر بعينها ويتأتى فيها القياس والاستحسان كما ذكرنا فيأخذ كل واحد منهما مسلوخته من صاحبه ولا يضمنه لانه وكيله فيما فعل دلالة فاذا كانا قد أكلا ثم علما فليحلل كل واحد منهما صاحبه ويجزيهما لانه لو أطعمه في الابتداء يجوز وان كان غنيا فكذا له أن يحلله في الانتهاء وان تشاحا فلكل واحد منهما أن يضمن صاحبه قيمة لحمه ثم يتصدق بتلك القيمة لانها بدل عن اللحم فصار كما لو باع أضحيته وهذا لان التضحية لما وقعت عن صاحبه كان اللحم له ومن أتلف لحم أضحية غيره كان الحكم ما ذكرناه (ومن غصب شاة فضحى بها ضمن قيمتها وجاز عن أضحيته)

البيع بالدراهم في تعليل هذه المسئلة ويقال في تعليلها الانه لا يصلح أن يكون بدلا عن عين الجلد قائما مقامه لعدم الانتفاع به كالانتفاع بعين الجلد فلم يكن حكمه كحكم عين الجلد بخلاف ما ينتفع بعينه مع بقائه كما مر وقد أشار اليه صاحب البدائع حيث قال وله أن يبيع هذه الاشياء بما يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه من متاع البيت كالجراب والمنخل لان البدل الذي يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه يقوم مقام المبدل فكان المبدل قائما معنى وكان الانتفاع به كالانتفاع بعين الجلد بخلاف البيع بالدراهم أو الدنانير لان ذلك مما لا يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينه فلا يقوم مقام الجلد فلا يكون الجلد قائما معنى اه (قوله فصار كما لو باع أضحيته) قال جماعة من الشراح في بيان معنى هذا الكلام يعني أنه لو باع أضحيته واشترى بثمنها غيرها فلو كان غيرها أنقص من الاولى تصدق بما فضل على الثانية ولو لم يشتر حتى مضت أيام النحر تصدق بثمنها كله اه أقول قد تكلموا في بيان مراد المصنف بقوله المذكور جدا حيث جعلوه صورتين فزادوا في الصورة الاولى اشترى غيرها بثمنها واعتبروا التصدق في تلك الصورة في بعض الثمن دون كله وزادوا في الصورة الثانية مضي أيام النحر وليس في كلام المصنف هذا ما يدل على شئ من ذلك وليس في المقام ما يقتضي شيأ منها كما لا يخفى مع أن الامر في معنى هذا الكلام على طرف الثمام بحمله على حذف مضاف أي كما لو باع لحم أضحيته فيكون المراد به الاشارة الى ما مر في الكتاب من قوله ولو باع الجلد واللحم بالدراهم أو بما لا ينتفع به الا باستهلاكه تصدق بثمنه تدبر (قوله ومن أتلف لحم أضحية غيره كان الحكم ما ذكرناه) قال في العناية وقوله ومن أتلف لحم أضحية غيره متصل بقوله

محلها ولكنه ينضح ضرعها بالماء البارد حتى ينقص اللبن فلا يتأذى به الا ان هذا انما ينفع اذا كان بقرب من أيام النحر وأما اذا كان بالبعد فلا يفيد هذا لانه ينزل ثانيا وثالثا بعد ما ينقص ولكن ينبغي ان يحلبها ويتصدق باللبن كالهدى اذا عطب قبل ان يبلغ محله فان عليه ان يذبحه ويتصدق بلحمه كذا في المبسوط وذكر في الايضاح ومن أصحابنا رحمهم الله من يقول بان كراهة حلب لبن الاضحية وجز صوفها في الشاة أو في الناقة التي أوجبها وليست بواجبة كالمعسر اذا اشترى أضحية فاما الموسر اذا عين الاضحية فلا بأس بالحلب والجز لان الوجوب لم يتعين فيها وانما هو واجب في ذمته ويسقط عنه بالذبح فقبل الذبح صارت هذه وغيرها سواء (قوله حتى وجب عليه ان يضحي بها بعينها في أيام النحر) هذا في نذر الغني وشراء الفقير (قوله ويكره ان يبدل بها غيرها) أي اذا كان غنيا (قوله اذنه له دلالة) الاذن دلالة كالاذن صريحا كما

عامة وقوله (حتى وجب عليه أن يضحي بها بعينها في أيام النحر) أي فيما اذا كان المضحي فقيرا (ويكره أن يبدل بها غيرها) أي فيما اذا كان غنيا قال صاحب النهاية هكذا وجدت بخط شيخي رحمه الله وقوله (فصار كما لو باع أضحيته) يعني انه لو باع أضحيته واشترى بقيمتها غيرها فلو كان غيرها أنقص من الاولى تصدق بما فضل على الثانية ولو لم يشتر حتى مضت أيام النحر تصدق بثمنها كله وقوله (ومن أتلف لحم أضحية غيره) متصل بقوله وان تشاحا يعني ان تشاحا عن التحليل كان كل واحد منهما متلفا لحم أضحية صاحبه ومن أتلف لحم أضحية صاحبه كان الحكم فيه ما ذكرناه وهو قوله فلكل واحد منهما أن يضمن صاحبه قيمة لحمه

لانه ملكها بسابق الغصب بخلاف مالو أودع شاة فضحى بها لانه يضمنه بالذبح فلم يثبت الملك له الا بعد الذبح والله أعلم

(كتاب الكراهية)

وان تشاحا يعني ان تشاحا عن التحليل كان كل واحد منهما متلفا لحم أضحية صاحبه ومن أتلف لحم أضحية صاحبه كان الحكم فيه ماذكرناه وهو قوله فلكل واحد منهما أن يضمن صاحبه قيمة لحمه اه أقول ليس هذا التوجيه بوجيه فان قول المصنف فان تشاحا فلكل واحد منهما أن يضمن صاحبه قيمة لحمه مسئلة تامة لابد لها من دليل مغاير لها وفي التوجيه المذكور قد أخذ مقدم المسئلة وهو قوله وان تشاحا وضم اليه تالي المغاير لتالي المسئلة غير مذكور في الكتاب أصلا فصار ان تشاحا عن التحليل كان كل واحد منهما متلفا لحم أضحية صاحبه وجعل ذلك صغرى الدليل وجعل كبراه قول المصنف بعد المقدمات الكثيرة ومن أتلف لحم أضحية غيره كان الحكم ماذكرناه ولا يخفى مافيه والحق عندي أن قول المصنف ومن أتلف لحم أضحية غيره كان الحكم ماذكرناه متصل بما قبله وهو قوله وهذا لان التضحية لما وقعت من صاحبه كان اللحم له فما قبله بمنزلة الصغرى وهذا بمنزلة الكبرى ومجموعهما دليل تام على أصل المسئلة وهو قوله وان تشاحا فلكل واحد منهما أن يضمن صاحبه قيمة لحمه فمعنى الدليل أن تضحية كل واحد منهما لما وقعت من صاحبه كان اللحم الذي أتلفه بالاكل لصاحبه لا لنفسه ومن أتلف لحم أضحية غيره كان الحكم ماذكرناه من تضمين صاحبه اياه قيمة لحمه وليت شعري أن صاحب التوجيه الاول ماذا يصنع في حق قول المصنف وهذا لان التضحية لما وقعت من صاحبه كان اللحم له فهل يجعله وحده دليلا آخر على أصل المسئلة أم يجعله متصلا بشيء آخر غير أصل المسئلة فانظر وتبصر هل يتيسر شيء من ذلك

(كتاب الكراهية)

أورد الكراهية بعد الاضحية لان عامة مسائل كل واحدة منهما لم تخل من أصل أو فرع ترد فيه الكراهة ألا يرى أن التضحية في ليالي أيام النحر مكروهة وكذا التصرف في الاضحية بجز صوفها وحلب لبنها وابدال غيرها مكانها وكذلك ذبح الكتابي وغير ذلك كما أن الامر في كتاب الكراهية كذلك كذا في الشروح ثم ان عبارات الكتب قد اختلفت في ترجمة هذا الكتاب فقد سماه محمد في الجامع الصغير باسم الكراهية وعليه وضع الطحاوي في مختصره وتبعهما المصنف وسماه محمد في الاصل بالاستحسان وعليه كتب كثير من مشايخنا كالكافي للحاكم الشهيد والمبسوط والمحيط والذخيرة والمغني وغيرها وسماه الكرخي في مختصره بالحظر والاباحة وتبعه القدوري في مختصره والامام قاضيخان في فتاواه وكذا وقع في التحفة والتتمة والايضاح ولكل وجهة هو موليها أما وجه التسمية بالكراهية فلان بيان المكروه أهم لوجوب الاحتراز عنه وأما وجه التسمية بالاستحسان فلان فيه ماحسنه الشرع وماقبحه ولفظ الاستحسان أحسن فلقب به أولان أكثر مسائله استحسان لامجال للقياس فيها وأما وجه التسمية بالحظر والاباحة فلان الحظر المنع والاباحة الاطلاق وفيه مامنع عنه الشرع وماأباحه كذا ذكر وجه كل منهما في الاختيار شرح المختار وفي شرح الكنز للامام الزيلعي ثم ان الكراهية في اللغة مصدر كره الشيء كرها وكراهة وكراهية قال في الميزان هي ضد المحبة والرضا قال الله تعالى وعسى أن تكرهوا شيأ وهو خير لكم وعسى أن تحبوا شيأ وهو شر لكم فالمكروه خلاف المندوب والمحبوب لغة

في شرب ماء السقاية وذبح شاة شد القصاب رجلها للذبح لان الشاة تعينت للذبح لشد الرجل فيكون راضيا بالذبح دلالة مع انه ربما يعرض له مانع من الذبح كذا هذا والله أعلم

(كتاب الكراهية)

وقوله (لانه ملكها بسابق الغصب) يعني فكانت التضحية واردة على ملكه وهذا يكفي في التضحية لا يقال الاستناد يظهر في القائم والتضحية بالاراقة والاراقة قد فاتت لانها عبارة عن فعل المضحي لانا نقول الاراقة ليست من المملوك لانها ليست صفة الشاة ليصح أن يقال يظهر الاستناد فيها أو لا يظهر فان الملك يثبت في الشاة المذبوحة و يستند الى وقت الغصب فتكون الاراقة والتضحية واقعة على ملكه والله سبحانه وتعالى أعلم

(كتاب الكراهية)

أورد الكراهية بعد الاضحية لان عامة مسائل كل واحدة لم تخل من أصل أو فرع ترد فيه الكراهة

(قوله لانا نقول الاراقة ليست من المملوك) أقول يعني ليست من المملوك لاحد (قال المصنف بخلاف مالو أودع شاة فضحى بها لانه يضمنه بالذبح فلا يثبت الملك له الا بعد الذبح) أقول قال صدر الشريعة في شرح الوقاية أقول بل يصير غاصبا بمقدمات الذبح كالاضجاع وشد الرجل فيكون غاصبا قبل الذبح اه وأجاب عنه صاحب الدرر بان حقيقة الغصب كما تقرر في موضعه ازالة اليد المحقة واثبات اليد المبطلة وغاية ماوجد في الاضجاع وشد الرجل اثبات اليد المبطلة ولا يحصل به ازالة اليد المحقة وانما يحصل ذلك بالذبح كما ذهب اليه الجمهور اه وان شئت فراجع في كتاب الغصب ونحن نقول الاولى في الجواب أن يقال قد سبق أن مقدمات الذبح في حكم الذبح فلا يعطى له حكم آخر فليتأمل وأجاب الفاضل المحشي يعقوب باشا عن اشكال صدر الشريعة أيضا بان يقال ان الغصب وان وجد بمقدمات الذبح لكن لا يتقرر قبل الذبح لان الاضجاع وشد الرجل قد يكونان لا للذبح لان الحفظ يجب على المودع فلا يتعين الغصب الا بالذبح بخلاف الغصب ابتداء فان الغصب هنا يتعين قبل الذبح كذا قيل ولا يخفى مافيه فليتأمل . اه كلام يعقوب باشا

قال رضي الله عنه تكلموا في معنى المكروه والمروي عن محمد نصا أن كل مكروه حرام الا أنه لما لم يجد فيه نصا قاطعا لم يطلق عليه لفظ الحرام وعن أبي حنيفة وأبي يوسف أنه الى الحرام أقرب وهو يشتمل على فصول منها *(فصل في الاكل والشرب قال أبو حنيفة رحمه الله يكره لحوم الاتن وألبانها وأبوال الابل وقال أبو يوسف ومحمد لا بأس بأبوال الابل)

والكراهة ليست بضد الارادة عندنا فان الله تعالى كاره للكفر والمعاصي أي ليس براض بهما ولا محب لهما وان كان الكفر والمعاصي بارادة الله تعالى ومشيئته وعند المعتزلة هي ضد الارادة أيضا على ما عرف في أصول الكلام وأما معنى الكراهية في الشرع فيعرف بما هو مذكور في الكتاب (قوله قال رضي الله عنه تكلموا في معنى المكروه) يعني اختلف أصحاب الشرع في معنى المكروه فروي عن محمد أنه نص على أن كل مكروه حرام الا أنه لما لم يجد فيه نصا قاطعا لم يطلق عليه لفظ الحرام فكان نسبة المكروه الى الحرام عنده كنسبة الواجب الى الفرض في أن الاول ثابت بدليل قطعي والثاني ثابت بدليل ظني و روي عن أبي حنيفة وأبي يوسف أنه الى الحرام أقرب ثم ان هذا حد المكروه كراهة تحريم وأما كراهة المكروه كراهة تنزيه فالى الحل أقرب هذا خلاصة ما ذكروا في الكتب وبعض المتأخرين هنا كلمات طويلة الذيل لا حاصل لها تركنا التعرض لها لما في تضاعيفها من الاختلال كراهة الاطناب (قوله قال أبو حنيفة يكره لحوم الاتن وألبانها وأبوال الابل وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله لا بأس بأبوال الابل) قال جماعة من الشراح خص الاتن مع كراهة لحم سائر الحمر ليستقيم عطف الالبان عليه اذ اللبن لا يكون الا من الاتان اه يعنون أنه لو قال تكره لحوم الحمر وألبانها لرجع الضمير في ألبانها الى الحمر المذكور فيما قبل وذلك يعم الذكور والاناث فلا يستقيم عطف الالبان مضافة الى الضمير الراجع الى مطلق الحمر على ما قبلها لان الالبان لا تتصور في ذكور الحمر وانما تتحقق في اناثها التي هي الاتن نعم يمكن تصحيح ذلك أيضا بتقدير وتأويل لكن مرادهم عدم استقامة ذلك نظرا الى ظاهر التركيب فسقطت عن كلامهم مؤاخذة بعض المتأخرين وقال ذلك البعض وانما خص كراهة لحم الاتن بالذكر ولم يذكر كراهة لحم غيرها مما سبق في كتاب الذبائح لانه لما عنون الفصل بأنه في الاكل والشرب وقد ذكر في الذبائح جميع ما لا يؤكل لحمه ولو أعاد كلها يلزم التكرار فذكر بعضا منها تذكيرا للبواقي اه أقول ليس هذا مما يعتد به لان حديث عنوان الفصل بأنه في الاكل والشرب لا يفيد شيئا فيما نحن فيه أصلا فان ما يتعلق بالاكل والشرب في هذا الفصل غير منحصر في هذه المسئلة بل كثير من المسائل الآتية المذكورة في هذا الفصل من مسائل الاكل والشرب أيضا فيصح عنوان الفصل بالاكل والشرب سواء لم تذكر هذه المسئلة فيه أصلا أو ذكر معها غيرها أيضا مما سبق في الذبائح وأما حديث ذكر بعض من المسائل السابقة في الذبائح تذكيرا للبواقي فغير تام أيضا لان ذكر ما ذكر مرة وبين مستوفى تذكيرا البواقي المذكورات ليس من دأب المصنفين ولا مما يهم أصلا ثم أقول الاوجه أن يقال انما خص الاتن بالذكر مع كراهة لحوم غيرها أيضا لان جميع ما لا يؤكل لحمه قد ذكر في الذبائح مستوفى وكراهة لحوم الاتن انما ذكرت ههنا توطئة لكراهة ألبانها التي لم تذكر فيما مر قط ولا مدخل لكراهة لحوم غيرها في التوطئة لذلك فلا جرم خص الاتن بالذكر دون غيرها ثم قال ذلك البعض وأما حكم أبوال الابل فانما ذكره المصنف فيما سبق وذكره محمد ههنا في الجامع الصغير فليس فيه التكرار حتى يحتاج فيه الى الاعتذار اه كلامه أقول ليس هذا بكلام صحيح لان المصنف أيضا ذكره ههنا في الهداية والبداية فلزمه التكرار قطعا وانما لم يلزمه التكرار لو ذكره محمد في الجامع الصغير ولم يذكره المصنف ههنا وأما كون ما أخذ ما ذكره المصنف ههنا ما ذكره محمد في الجامع

هي ضد الرضا والارادة لغة وفي الشرع ما هو المذكور في الكتاب (قوله وعن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله انه الى الحرام أقرب) وذكر محمد رحمه الله في المبسوط ان أبا يوسف قال لابي حنيفة رحمه الله اذا قلت في شئ أكرهه فما رأيك فيه قال التحريم (قوله يكره لحوم الاتن وألبانها) خص الاتن مع شمول الكراهة

ألا ترى أن في وقت الاضحية من ليالي أيام النحر وفي التصرف في الاضحية بجز الصوف وحلب اللبن وفي اقامة غيره مقامه كيف تحققت الكراهة وفي كتاب الكراهية أيضا كذلك

(فصل) في الاكل والشرب (قوله ألا ترى أن في وقت الاضحية الخ) أقول الكراهية بالحقيقة هي في التضحية لا في الوقت نفسه تجوز (قوله وفي كتاب الكراهية أيضا كذلك) أقول فيه بحث لان المراد يتحقق فيه الكراهية في أشياء كثيرة

وتأويل قول أبي يوسف انه لا بأس بها للتداوي وقد بيناهذه الجملة فيما تقدم في الصلاة والذبائح فلا نعيدها واللبن متولد من اللحم فأخذ حكمه قال (ولا يجوز الاكل والشرب والادهان والتطيب في آنية الذهب والفضة للرجال والنساء) لقوله عليه السلام في الذي يشرب في اناء الذهب والفضة انما يجرجر في بطنه نار جهنم وأتى أبو هريرة رضي الله عنه بشراب في اناء فضة فلم يقبله وقال نهانا عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم

الصغير فلا يجدي شيأ في دفع التكرار لان المصنف ليس في حيز الاجتهاد فكل ماذكره مأخوذ من قول مجتهد فاذا ذكر مسئلة مرتين لزم التكرار لا محالة (قوله وتأويل قول أبي يوسف لا بأس به للتداوي) انما احتاج المصنف الى هذا التأويل لان مذهب أبي يوسف أن بول ما يؤكل لحمه نجس لما مر في كتاب الطهارات فلزم أن يكون شربه حراما والمفهوم من قوله ههنا وقال أبو يوسف ومحمد لا بأس بأبوال الابل حل شربها عند أبي يوسف أيضا فأول المصنف قول أبي يوسف المذكور ههنا بنفي البأس عن شربها للتداوي وشربها للتداوي ليس بحرام عنده وان كانت نجسا تمسكا بقصة العرنيين كما مر بيانه في كتاب الطهارات قال صاحب غاية البيان في هذا المقام وأما قول أبي يوسف ومحمد في الجامع الصغير لا بأس بذلك فنصرف الى لحم الفرس خاصة لان بول الابل نجس عند أبي يوسف أيضا الا أنه أطلق شربه للتداوي وقد مر بيانه في كتاب الطهارات في فصل البئر انتهى أقول فيه نظر لان لفظ محمد في الجامع الصغير هكذا محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة قال أكره شرب أبوال الابل وأكل لحوم الفرس وقال أبو يوسف ومحمد لا بأس بذلك كله الى هنا لفظ محمد في الجامع الصغير وقد اعترف به الشارح المذكور حيث ذكر لفظه هكذا بعينه ولا يذهب عليك أن عبارة كله في قوله وقال أبو يوسف ومحمد لا بأس بذلك كله تمنع من أن يكون قول أبي يوسف ومحمد في الجامع الصغير منصرفا الى لحم الفرس خاصة بل يقتضي شموله لابوال الابل أيضا (قوله وقد بيناهذه الجملة فيما تقدم في الصلاة والذبائح فلا نعيدها) أقول في رواج هذه الحوالة بحث فان ألبان الاتن من هذه الجملة ولم تبين فيما تقدم قط وكذا أبوال الابل من هذه الجملة ولم تبين في شيء من كتابي الصلاة والذبائح وانما بينت في كتاب الطهارات في فصل البئر في ضمن بيان بول ما يؤكل لحمه مطلقا وعن هذا قال صاحب الكافي وقد مرت هذه الجملة في كتاب الطهارة والذبائح ويمكن أن يتمحل في توجيه كل من هاتين الصورتين أما في توجيه الصورة الاولى منهما فبأن يحمل المراد بهذه الجملة في قوله قد بيناهذه الجملة على ما عدا الالبان بقرينة بيان كراهة اللبن بعد قوله فلا نعيدها بقوله واللبن يتولد من اللحم فأخذ حكمه وأما في توجيه الصورة الثانية منهما فبأن الطهارة لما كانت من شروط الصلاة ومباديها عبر المصنف عن كتاب الطهارات بكتاب الصلاة مسامحة قال بعض المتأخرين وانما قال في الصلاة مع أن البيان لم يكن فيها بل في كتاب الطهارة في فصل البئر اشارة الى أنه ينبغي أن يذكر مسائل الطهارة في فصل من فصول كتاب الصلاة كما وقع في فتاوى قاضيخان وأن لا يترجم لها كتاب على حدة انتهى أقول ليس هذا بشيء لان مآله أن يكون مراد المصنف بتعبيره المذكور الاشارة الى تقبيح نفسه فيما فعله في أول كتابه من ترجمة الطهارات بكتاب على حدة دون فصل من فصول كتاب الصلاة وهل يليق بالعاقل أن يقصد الاشارة الى مثل ذلك على أن الشراح ذكروا قاطبة في أول الكتاب وجها وجيها لايراد الطهارة في كتاب مستقل فكون الذي ينبغي أن يذكر مسائل الطهارة في فصل من فصول الصلاة ممنوع وعن هذا ترى أكثر ثقات السلف والخلف ذكروا مسائل الطهارة في كتاب على حدة وقال ذلك البعض ثم ان المصنف بين فيما تقدم أن شرب أبوال الابل حرام عند أبي حنيفة رحمه الله مطلقا وحلال عند محمد رحمه الله مطلقا وللتداوي فقط عند أبي يوسف وذكر أدلتهم هناك لكن بنى دليل محمد على طهارته مع أن استلزام طهارته حل شربه غير ظاهر وأن طهارته

لحم سائر الحمر ليستقيم عطف الالبان عليه (قوله يجرجر في بطنه نار جهنم) في المغرب هذا محفوظنا من الثقات بنصب الراء ومعناه يرددها من جرجر الفحل اذا ردد صوته في حنجرته وتفسير الازهري يجرجر أي يحدر يعني يرسل وكذا نقله صاحب القربين وأما في الفردوس من رفع النار وتفسير يجرجر يصوت فليس بذلك

قوله (واللبن متولد من اللحم فأخذ حكمه) يرد عليه لبن الخيل على قول أبي حنيفة في رواية هذا الكتاب حيث جعل لبنه حلالا مما لا بأس به وأكل لحمه محرما مع أن لبن الخيل متولد من لحمه فلا بد من زيادة قيد وهو أن يقال بعد قوله فأخذ حكمه فيما لم يختلف ما هو المطلوب من كل واحد منهما لما أن المقصود من تحريم لحمه عدم تقليل آلة الجهاد ولا يوجد ذلك في اللبن فكان شربه مما لا بأس به وقوله صلى الله عليه وسلم انما يجرجر في بطنه نار جهنم قيل معناه يردد من جرجر الفحل اذا ردد صوته في حنجرته ونارا منصوب على ماه والمحفوظ من الثقات

(قوله يرد عليه لبن الخيل الخ) أقول فيه بحث (قوله وهو أن يقال بعد قوله فأخذ حكمه فيما لم يختلف ما هو المطلوب) أقول فيه بحث والاولى أن يقال اذا وجد جهة الحرمة فيه أيضا

واذا ثبت هذا فى الشرب فكذا فى الادهان ونحوه لانه فى معناه ولانه تشبه بزى المشركين وتنعم بنعم المترفين والمسرفين وقال فى الجامع الصغير يكره ومراده التحريم ويستوى فيه الرجال والنساء لعموم النهى وكذلك الاكل بملعقة الذهب والفضة والاكتحال بميل الذهب والفضة وكذا ما أشبه ذلك كالمكحلة والمرآة وغيرهما لما ذكرنا قال (ولا بأس باستعمال آنية الرصاص والزجاج والبلور والعقيق) وقال الشافعى يكره لانه فى معنى الذهب والفضة فى التفاخر به قلنا ليس كذلك لانه ما كان من عادتهم التفاخر بغير الذهب والفضة قال (ويجوز الشرب فى الاناء المفضض عند أبى حنيفة والركوب على السرج المفضض والجلوس على الكرسى المفضض والسرير المفضض اذا كان يتقى موضع الفضة) ومعناه يتقى موضع الفم وقيل هذا وموضع اليد فى الاخذ وفى السرير والسرج موضع الجلوس وقال أبو يوسف يكره ذلك وقول محمد يروى مع أبى حنيفة ويروى مع أبى يوسف وعلى هذا الخلاف الاناء المضبب بالذهب والفضة والكرسى المضبب بهما وكذا اذا جعل ذلك فى السيف والمشحذ وحلقة المرآة أو جعل المصحف مذهبا أو مفضضا وكذا الاختلاف فى اللجام والركاب والثفر اذا كان مفضضا وكذا الثوب فيه كتابة بذهب أو فضة على هذا وهذا الاختلاف فيما يخلص فأما التمويه الذى لا يخلص فلا بأس به بالاجماع

لم تلزم عنده الامن حله الثابت بقوله عليه السلام ماوضع شفاؤكم فيما حرم عليكم كما سبق فبناء حله على طهارته دور ظاهر الى هنا كلامه أقول حديث الدور ساقط جدا لان حله انما يكون علة لطهارته فى العقل بأن يصير دليلا عليها وأما طهارته فانما تكون علة لحله فى الخارج فاختلفت الجهة وهذا نظير ما قالوا فى العلوم العقلية ان الحمى علة للعفونة فى الذهن والعفونة علة للحمى فى الخارج فالاستدلال بالحمى على العفونة برهان انى وبعكسه برهان لمى ولا دور أصلا وهكذا الحال بين كل مؤثر وأثره فان الاول علة للثانى فى الخارج وان كان الثانى علة للاول فى العقل أى دليلا عليه ومن هذا القبيل استدلالنا بوجود العالم على وجود الصانع (قوله واذا ثبت هذا فى الشرب فكذا فى الادهان ونحوه لانه فى معناه) أى لان الادهان فى آنية الذهب أو الفضة ونحوه فى معنى الشرب منها لان كلا من ذلك استعمال لها والمحرم هو الاستعمال بأى وجه كان لما فيه من التجبر والاسراف فيشمل الادهان والتطيب أيضا وفى النهاية قيل صورة الادهان المحرم هو أن يأخذ آنية الذهب أو الفضة ويصب الدهن على الرأس أما اذا أدخل يده فيها وأخذ الدهن ثم صبه على الرأس من اليد لا يكره كذا ذكره صاحب الذخيرة فى الجامع الصغير اهـ قال صاحب العناية بعد نقل ذلك وأرى أنه مخالف لما ذكره المصنف فى المكحلة فان الكحل لا بد وأن ينفصل عنها حين الاكتحال ومع ذلك فقد ذكره فى المحرمات انتهى أقول يمكن دفع المخالفة بين القولين بأن المحرم فى أوانى الذهب والفضة والآتهما استعمالها واستعمال آنية الذهب أو الفضة عند ارادة الادهان منها انما يتحقق فى العرف والعادة بأخذ آنيتهما وصب الدهن منها على البدن لا بادخال اليد فيها وأخذ الدهن ثم صبه على البدن وأما استعمال مكحلة الذهب أو الفضة فانما يتصور عادة بادخال الميل فيها ثم الاكتحال به فانفصال الكحل عنها حين الاكتحال لا يقدح فى تحقق استعمالها فافترقا واعترض صاحب التسهيل على ما قيل فى صورة الادهان المحرم بوجه آخر وهو أنه يقتضى أن لا يكره اذا أخذ الطعام من آنية الذهب أو الفضة بملعقة ثم أكل منها وكذا اذا أخذه بيده وأكله منها وأجاب عنه صاحب

(قوله وكذا فى الادهان ونحوه لانه فى معناه) قيل صورة الادهان المحرم هو ان يأخذ آنية الذهب أو الفضة ويصب به الدهن على الرأس أما اذا أدخل يده فيها وأخذ الدهن ثم صبه على الرأس لا يكره كذا ذكره صاحب الذخيرة فى شرح الجامع الصغير (قوله وفى السرير والسرج موضع الجلوس) أى يتقى موضع الجلوس يقال باب مضبب أى مشدود بالضباب وهى الحديدة العريضة التى يضبب بها ومنه ضبب أسنانه بالفضة اذا شدها بها كذا فى المغرب وفى الذخيرة الضبة الذهب العريض أو الفضة العريضة تجعل على وجه الباب وما أشبه ذلك المراد بحلقة المرآة التى تكون حوالى المرآة لا ما يأخذ منه المرآة بيده فان ذلك مكروه بالاتفاق

لهما

وقوله (لانه فى معناه) أى لان الادهان من آنية الذهب فى معنى الشرب منها لان كلا منهما استعمال لها والمحرم هو الاستعمال قيل صورة الادهان المحرم هو أن يأخذ آنية الذهب أو الفضة ويصب الدهن على الرأس وأما اذا أدخل يده فيها وأخذ الدهن ثم صبه على الرأس من اليد لا يكره قال صاحب النهاية هكذا ذكره صاحب الذخيرة فى الجامع الصغير وأرى أنه مخالف لما ذكره المصنف فى المكحلة فان الكحل لا بد وأن ينفصل عنها حين الاكتحال ومع ذلك فقد ذكرها فى المحرمات المضبب المشدود بالضباب جمع ضبة وهى حديدة عريضة والمشحذ المسن والثفر ما يجعل تحت ذنب الدابة

(قوله من آنية الذهب) أقول والفضة كذلك (قوله قيل صورة الادهان المحرم الى قوله لا يكره) أقول وفى شرح ويحتمل هذا التفصيل فى الاكل والشرب أيضا (قوله وأرى أنه مخالف لما ذكره المصنف فى المكحلة الى قوله فى المحرمات الخ) أقول لكن المكتحل يأخذ المكحلة بيده ويضع فيها الميل بخلاف الآنية اذ لا يحتاج فيه الى الاخذ باليد

لهما أن مستعمل جزء من الاناء مستعمل جميع الاجزاء فيكره كما اذا استعمل موضع الذهب والفضة ولابي حنيفة رحمه الله أن ذلك تابع ولامعتبر بالتوابع فلا يكره كالجبة المكفوفة بالحرير والعلم فى الثوب ومسمار الذهب فى الفص قال (ومن أرسل أجيراله مجوسيا أوخادما فاشترى لحما فقال اشتريته من يهودى أو نصرانى أومسلم وسعه أكله) لان قول الكافر مقبول فى المعاملات لانه خبر صحيح لصدوره عن عقل ودين يعتقد فيه حرمة الكذب والحاجة ماسة الى قبوله لكثرة وقوع المعاملات (وان كان غير ذلك لم يسعه أن يأكل منه)

الدرر والغرر بما يقرب مما ذكرناه فى دفع ماقاله صاحب العناية فى التكملة حيث قال بعد ذكر ذلك الاعتراض أقول منشؤه الغفلة عن معنى عبارة المشايخ وعدم الوقوف على مرادهم أما الاول فلان من فى قولهم من اناء ذهب ابتدائية وأما الثانى فلان مرادهم أن الادوات المصنوعة من المحرمات انما يحرم استعمالها اذا استعملت فيما صنعت له بحسب متعارف الناس فان الاوانى الكبيرة المصنوعة من الذهب والفضة لاجل أكل الطعام انما يحرم استعمالها اذا أكل الطعام منها باليد أو الملعقة لانها وضعت لاجل ابتداء الاكل منها باليد أو الملعقة فى العرف وأما اذا أخذ منها ووضع على موضع مباح فأكل منه لم يحرم لانتفاء ابتداء الاستعمال منها وكذا الاوانى الصغيرة المصنوعة لاجل الادهان ونحوه انما يحرم استعمالها اذا أخذت وصب منها الدهن على الرأس أو على اليد لانها انما صنعت لاجل الادهان منها بذلك الوجه وأما اذا أدخل يده فيها وأخذ الدهن وصبه على الرأس من اليد فلا يكره لانتفاء ابتداء الاستعمال منها فظهر أن مرادهم أن يكون ابتداء الاستعمال المتعارف من ذلك المحرم الى هنا كلامه أقول فيه نوع استدراك بل اختلال فان قوله منشؤه الغفلة عن معنى عبارة المشايخ ثم بيانه اياه بقوله أما الاول فلان من فى قولهم من اناء ذهب ابتدائية أمر زائد بل مختل أما أولا فلان المذكور فى عبارة عامة المشايخ فى آنية الذهب والفضة بكلمة فى بدل كلمة من وعليه عبارة الكتاب والجامع الصغير والمحيط والذخيرة وعامة المعتبرات وانما وقعت كلمة من فى كلام بعض المتأخرين من أصحاب المتون وأما ثانيا فلانه ولا تأثير للابتداء فى تمشية الجواب الذى ذكره ههنا اذ يكفى فيها الفرق بين الاستعمال المتعارف وغيره سواء كان الاستعمال فى الابتداء أو فى الانتهاء يظهر ذلك بالتأمل الصادق والذوق السليم ثم أن بعض المتأخرين بعد أن ذكر الجواب المزبور وطعن فى بعض عبارته قال والحق أن الفرق بين صور الادهان ليس بما ذكره المجيب بل بوجود مماسة اليد بالاناء وقت الاستعمال فى الصورتين وعدمها فى الثالثة فان للمماسة تأثيرا فى الحرمة كما سيجئ من وجوب الاتقاء عن موضع الفضة فى الاناء المفضض أو المضبب وقت الشرب فتأمل انتهى أقول يرد على هذا الفرق الذى زعمه حقا النقض الذى أورده صاحب التسهيل فانه اذا أخذ الطعام من آنية الذهب أو الفضة بملعقة ثم أكل منها أو أخذه بيده وأكله منها لم يوجد هناك مماسة اليد بالآنية مع أنه يكره بلا شك فالمخلص الكلى هنا انما يحصل بالمصير الى الفرق بين الاستعمال المتعارف وغيره لا بغير ذلك وأما الاناء المفضض أو المضبب فبمعزل عما نحن فيه فانه ليس بخالص فضة أو ذهب بل هو مركب من لوح وفضة أو ذهب فاعتبر أبو حنيفة فى حرمة الشرب منه مماسة العضو بالجزء الذى هو الفضة أو الذهب ولم يعتبرها صاحباه ولكل من الجانبين أصل يأتى بيانه (قوله لهما أن مستعمل جزء من الاناء مستعمل جميع الاجزاء فيكره) جمعهما فى التعليل جريا على رواية كون قول محمد فى هذه المسئلة مع أبى يوسف وان كان أفرد أبا يوسف فى بيان الحكم فيما قبل وأما صاحب الكافى فافرده ههنا أيضا حيث قال احتج أبو يوسف بعموم ماورد من النهى ورد عليه بعض

(قوله ولابى حنيفة رحمه الله ان ذلك تابع فلا معتبر بالتوابع) وحكى ان هذه المسئلة وقعت فى دار أبى جعفر الدوانقى بحضرة أبى حنيفة رحمه الله وأئمة عصره فقالت الائمة يكره فقيل لابى حنيفة رحمه الله ما تقول قال ان وضع فمه على الفضة يكره والا لا فقيل له ما الحجة فقال أرأيت لو كان فى الاصبع خاتم فضة فشرب من كفه أيكره فوقف كلهم وتعجب أبو جعفر يقال ثوب مكفوف لما كف جيبه وأطراف كميه بشئ من الديباج وقد صح ان النبى عليه السلام لبس جبة أطرافها من الديباج (قوله ومن أرسل أجيرا له مجوسيا أو خادما فاشترى

ولابى حنيفة رحمه الله أن ذلك تابع ولامعتبر بالتوابع) حكى أن هذه المسئلة وقعت فى دار أبى جعفر الدوانقى بحضرة أبى حنيفة وأئمة عصره رحمهم الله فقالت الائمة يكره فقيل لابى حنيفة ماتقول فقال ان وضع فمه على الفضة يكره والا فلا فقيل له ما الحجة فيه فقال أرأيت لو كان فى أصبعه خاتم فضة فشرب من كفه أيكره فوقف كلهم وتعجب أبو جعفر قال ومن أرسل أجيراله مجوسيا الخ) كلامه واضح

معناه اذا كان ذبيحة غير الكتابي والمسلم لانه لما قبل قوله في الحل أولى أن يقبل في الحرمة قال (ويجوز أن يقبل في الهدية والاذن قول العبد والجارية والصبي) لان الهدايا تبعث عادة على أيدي هؤلاء وكذا لا يمكنهم استصحاب الشهود على الاذن عند الضرب في الارض والمبايعة في السوق فلو لم يقبل قولهم يؤدي الى الحرج وفي الجامع الصغير اذا قالت جارية لرجل

المتأخرين حيث قال بعد نقل ما في الكافي قلت ورد النهي عن الشرب في اناء الذهب والفضة كما سبق وصدقه على المفضض والمضبب ممنوع وقال في الحاشية رد لما في الكافي من احتجاج أبي يوسف أقول ليس ذلك بتام لان ما ورد من النهي عن الشرب في اناء الذهب والفضة ان لم يعم المفضض والمضبب عبارة يعمهما دلالة كعمومه للادهان منه ونحوه وكعمومه للاكل بملعقة الذهب والفضة والاكتحال بميل الذهب وكذا ما أشبه ذلك كالمكحلة والمرآة وغيرهما فان المدار في كلها تناول النهي الوارد المذكور لكل منها دلالة كما صرحوا به وعن هذا قال في المحيط البرهاني بجنسها العمومات الواردة بالنهي عن استعمال الذهب والفضة ومن استعمل اناء كان مستعملا كل جزء منه فيكره وهذا لان الحرمة في استعمال الذهب والفضة في الاناء وغيره انما كانت للتشبه بالاكاسرة والجبابرة فكل ما كان بهذا المعنى يكره بخلاف خاتم الفضة والمنطقة حيث لا يكره لان الرخصة جاءت في ذلك نصا أما ههنا بخلافه الى هنا لفظ المحيط تامل وقال الامام الزيلعي في شرح الكنز لابي يوسف ما روى عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه عليه السلام قال من شرب في اناء ذهب أو فضة أو اناء فيه شيء من ذلك فانه يجرجر في بطنه نار جهنم رواه الدارقطني انتهى ورد عليه أيضا ذلك البعض حيث قال بعد نقل ذلك قلت لو ثبت هذا كان حجة قاطعة على أبي حنيفة رحمه الله لكن لم نجده في روايات البخاري وغيره الا خاليا عن زيادة أو اناء فيه شيء من ذلك وقال في الحاشية رد لما ذكره الزيلعي من احتجاج أبي يوسف انتهى أقول عدم وجدانه تلك الزيادة فيما رآه من روايات البخاري وغيره لا يدل على عدم وجودها في رواية أخرى لم يرها وقد بين الامام الزيلعي طريق اخراج ما ذكره من الحديث حيث قال رواه الدارقطني فكيف يصح أن يجعل ذلك البعض بمجرد عدم اطلاعه على ذلك رداله وهو ليس من فرسان ميدان علم الحديث كما لا يخفى (قوله معناه اذا كان ذبيحة غير الكتابي والمسلم) أقول كان الاظهر أن يقال معناه اذا كان قوله غير ذلك بان قال اشتريته من غير الكتابي والمسلم لان المقصود بالبيان هنا كون قول الكافر معتبرا فيما هو من جنس المعاملات سواء تضمن الحل أو الحرمة لا كون ذبيحة المسلم والكتابي مما يؤكل دون ذبيحة غيرهما فانه من مسائل كتاب الذبائح وقد مر مستوفى وعبارة المصنف توهم أصالة الثاني كما ترى ثم انه لو قال في المتن وان قال غير ذلك بدل قوله وان كان غير ذلك لكان أظهر من الكل وكان أوفق لما قبله وهو قوله وقال اشتريته من يهودي أو نصراني أو مسلم الا أنه لم يغير لفظ محمد رحمه الله في الجامع الصغير تبركا به (قوله لانه لما قبل قوله في الحل أولى أن يقبل في الحرمة) قال صاحب العناية في شرح هذا المحل قوله لانه لما قبل قوله في الحل يعني في قوله وسعه أكله فانه يتضمن الحل لامحالة أولى أن يقبل في الحرمة لان الحرمة مرجحة على الحل دائما انتهى أقول في تفسيره قول المصنف في الحل بقوله يعني في قوله وسعه أكله ركاكة جدا لان قوله وسعه أكله جواب المسألة فهو في قوة أن يقال يقبل قوله فيما أخبر به لانه ثمرة قبول قوله في ذلك فلو كان مراد المصنف ههنا بقوله في الحل في قوله وسعه أكله يصير معنى كلامه لما قبل قوله في قبول قوله فيما أخبر به ولا حاصل له بل هو من قبيل اللغو من الكلام والحق عندي في شرح كلام المصنف هنا أن يقال يعني أنه لما قبل قوله في الحل أي فيما يتضمن الحل وهو قوله

لحما فقال اشتريته من يهودي أو نصراني أو مسلم وسعه أكله ولا يقال كان ينبغي ان لا يقبل قوله لانه اخبار بان هذا اللحم حلال والحل والحرمة من الديانات ولا يقبل في الديانات الا قول العدل والمجوسي ليس بعدل لانا نقول انه اخبار بالشراء من يهودي أو نصراني أو مسلم وانه من المعاملات وانما يثبت الحل في ضمنه وكذلك لو قال اشتريته من غيرهم اثبات الحرمة فيه ضمني فلما قبل قوله في الشراء يثبت ما في ضمنه لانه كم من شيء يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا كوقف المنقول ضمنا بغير المنقول وكبيع الشرب وغيره (قوله في الهدايا والاذن) أي

وقوله (لانه لما قبل قوله في الحل) يعني في قوله وسعه أكله فانه يتضمن الحل لامحالة أولى أن يقبل في الحرمة لان الحرمة مرجحة على الحل دائما وأتى برواية الجامع الصغير لان الهدية فيها نفس

بعثني مولاي اليك هدية وسعه أن يأخذها لانه لافرق بين ما اذا أخبرت باهداء المولى غيرها أو نفسها لما قلنا قال (ويقبل فى المعاملات قول الفاسق ولا يقبل فى الديانات الا قول العدل) ووجه الفرق أن المعاملات يكثر وجودها فيما بين أجناس الناس فلو شرطنا شرطا زائدا يؤدى الى الحرج فيقبل قول الواحد فيها عدلا كان أو فاسقا كافرا أو مسلما عبدا أو حرا ذكرا أو أنثى دفعا للحرج أما الديانات فلا يكثر وقوعها حسب وقوع المعاملات فجاز أن يشترط فيها زيادة شرط فلا يقبل فيها الا قول المسلم العدل لان الفاسق متهم والكافر لا يلتزم الحكم فليس له أن يلزم المسلم بخلاف المعاملات لان الكافر لا يمكنه المقام فى ديارنا الا بالمعاملة ولا تتهيأ له المعاملة الا بعد قبول قوله فيها فكان فيه ضرورة ولا يقبل فيها قول المستور فى ظاهر الرواية وعن أبى حنيفة أنه

اشتريته من يهودى أو نصرانى أو مسلم فانه يتضمن اثبات حل أكل ما اشتراه كما صرحوا به قاطبة أولى أن يقبل قوله فى الحرمة أى فيما يتضمن الحرمة وهو قوله اشتريته من غير الكتابى والمسلم فانه يتضمن اثبات حرمة ما اشتراكما صرحوا به أيضا تبصر (قوله لانه لافرق بين ما اذا أخبرت باهداء المولى غيرها أو نفسها لما قلنا) قال جمهور الشراح قوله لما قلنا راجع الى قوله لان الهدايا تبعث عادة على أيدى هؤلاء انتهى أقول للمانع أن يمنع أن نفس الجوارى والعبيد تبعث عادة على أيدى هؤلاء بخلاف اهداء غير أنفسهم من الهدايا فانها تبعث عادة على أيديهم بلا اعمال التنكير من أحد وقال صاحب الغاية قوله لما قلنا اشارة الى قوله فلو لم يقبل قولهم يؤدى الى الحرج وتبعه العينى أقول وللمانع أن يمنع أن عدم قبول قولهم فى اهداء مواليهم أنفسهم يؤدى الى الحرج لامكان اهدائهم على أيدى غيرهم من سائر العبيد والجوارى أو الصبيان وعدم القدرة على غيرهم أصلا نادر لا يعد مثله مؤديا الى الحرج بخلاف اهداء الهدايا مطلقا على أيدى غير جنس العبيد والجوارى والصبيان فان فيه حرجا بينا سيما فى اهداء الامور الخسيسة (قوله ويقبل فى المعاملات قول الفاسق ولا يقبل فى الديانات الا قول العدل) قال فى التلويح قيل ذكر فخر الاسلام فى موضع من كتابه ان اخبار المميز الغير العدل يقبل فى مثل الوكالة والهدايا من غير انضمام التحرى وفى موضع آخر أنه يشترط التحرى وهو المذكور فى كلام الامام السرخسى ومحمد رحمه الله ذكر القيد فى كتاب الاستحسان ولم يذكره فى الجامع الصغير فقيل يجوز أن يكون المذكور فى كتاب الاستحسان تفسيرا لهذا فيشترط ويجوز أن يشترط استحسانا ولا يشترط رخصة ويجوز أن يكون فى المسئلة روايتان انتهى أقول يشكل على التوجيه الاول الفرق بين المعاملات والديانات لان قول الفاسق يقبل فى الديانات أيضا بشرط التحرى كما سيأتى التصريح به فى الكتاب وكذا يشكل ذلك على التوجيه الثالث على احدى الروايتين وهى رواية الاشتراط فالظاهر المناسب عندى هو التوجيه الثانى فان الفرق المذكور يستقيم حينئذ اذ لا رخصة لقبول قول الفاسق فى الديانات بدون التحرى (قوله ولا يقبل فيها قول المستور فى ظاهر الرواية وعن أبى حنيفة رحمه الله أنه يقبل قوله فيها جريا على مذهبه أنه يجوز القضاء به) قال الشراح وظاهر الرواية أصح لانه لابد من اعتبار أحد شطرى الشهادة ليكون الخبر ملزما وقد سقط اعتبار العدد فبقى اعتبار العدالة انتهى أقول فيه بحث لان أصل أبى حنيفة فى الشهادة أن يقتصر الحاكم على ظاهر العدالة اذا لم يطعن الخصم فيما عدا الحدود والقصاص كما تقرر فى كتاب الشهادات فكان أحد شطرى الشهادة عنده ظاهر العدالة دون حقيقتها ولا ريب أن المستور ظاهر العدالة لقوله عليه السلام المسلمون عدول بعضهم على بعض الا محدودا فى قذف ففى غير ظاهر الرواية أيضا لم يلزم عدم اعتبار أحد شطرى الشهادة فلم يدل ما ذكروه على أصحية ظاهر الرواية على أصل أبى حنيفة فى الشهادة بل على ما يقتضيه ويمكن أن يقال ليس مقصودهم بيان أصحية ظاهر الرواية على أصل أبى حنيفة فى الشهادة بل على ما يقتضيه فساد الزمان من عدم الاعتداد برواية المستور ما لم يتبين عدالته كما لم تعتبر شهادته فى القضاء عند أبى يوسف ومحمد

فى التجارة (قوله لما قلنا) اشارة الى قوله لان الهدايا تبعث عادة على أيدى هؤلاء (قوله ولا يقبل قول المستور فى ظاهر الرواية) وهو الذى لم تعلم عدالته ولا فسقه

الجار يتوقوله (لما قلنا) راجع الى قوله لان الهدايا تبعث عادة على أيدى هؤلاء وقوله (ولا يقبل فيها) أى فى العبادات (قول المستور) وقوله (جريا على مذهبه أنه يجوز القضاء به) يعنى اذا لم يطعن الخصم وظاهر الرواية أصح لانه لابد من اعتبار أحد شطرى الشهادة ليكون الخبر ملزما وقد سقط اعتبار العدد فبقى اعتبار

(قوله لان الهدايا تبعث على أيدى هؤلاء عادة) أقول يمكن أن يمنع اشتراك العادة

يقبل قوله فيها جريا على مذهبه انه يجوز القضاء به وفى ظاهر الرواية هو والفاسق فيه سواء حتى يعتبر فيهما أكبر الرأى قال (و يقبل فيها قول العبد والحر والامة اذا كانوا عدولا) لان عند العدالة الصدق راجح والقبول لرجحانه فمن المعاملات ماذكرناه ومنها التوكيل ومن الديانات الاخبار بنجاسة الماء حتى اذا أخبره مسلم مرضى لم يتوضأ به و يتيمم ولو كان المخبر فاسقا أو مستورا تحرى فان كان أكبر رأيه انه صادق يتيمم ولا يتوضأ به وان أراق الماء ثم تيمم كان أحوط

رحمهما الله مالم يظهر عدالته وعن هذا قال المصنف فى كتاب الشهادات والفتوى على قولهما فى هذا الزمان و يؤيد هذا التوجيه ماذكره صاحب غاية البيان نقلا عن شمس الائمة السرخسى حيث قال قال شمس الائمة السرخسى فى أصوله وروى الحسن عن أبى حنيفة انه بمنزلة العدل فى رواية الاخبار لثبوت العدالة ظاهرا بالحديث المروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وعن عمر رضى الله تعالى عنه المسلمون عدول بعضهم على بعض ولهذا جوز أبو حنيفة القضاء بشهادة المستور فيما يثبت مع الشبهات اذا لم يطعن الخصم ولكن ماذكره فى الاستحسان أصح فى زماننا فان الفسق غالب فى أهل هذا الزمان فلا يعتمد على رواية المستور مالم تتبين عدالته كما لا تعتبر شهادته فى القضاء قبل أن تظهر عدالته انتهى وبما ذكرنا تبين اختلال تحرير بعض المتأخرين فى هذا المقام حيث قال فى شرح قول المصنف ولا يقبل قول المستور فى ظاهر الرواية أى ولا يقبل قوله فى الديانات فى ظاهر الرواية عن أبى حنيفة رحمه الله ثم قال وجه الظاهر أنه لابد من اعتبار أحد شطرى الشهادة ليكون الخبر ملزما وقد سقط اعتبار العدد فبقى اعتبار العدالة انتهى فانه جعل ماذكروه وجه الاصحية ظاهر الرواية وجها لنفس ظاهر الرواية عن أبى حنيفة فيرد عليه قطعا أن حقيقة العدالة ليست بأحد شطرى الشهادة عند أبى حنيفة بل يكفى ظاهر العدالة عنده فى قبول الشهادة ولا يخفى أن ظاهر العدالة متحقق فى المستور فما معنى اعتبار حقيقة العدالة فى قبول قوله فى الديانات فى ظاهر الرواية عنه فتدبر (قوله و يقبل فيها قول العبد والحر والامة اذا كانوا عدولا) أقول لا يخفى على ذى فطرة سليمة أن ذكر الحر ههنا خال عن الفائدة اذ لا يشتبه على أحد قبول قول الحر فى كل أمر خطير اذا كان عدلا بخلاف العبد والامة ولعل صاحب الكافى ذاق بشاعة ذكر الحر ههنا فقال و يقبل فيها قول العبد والامة اذا كانا عدلين بدون ذكر الحر قال صاحب العناية فى شرح هذا المقام وقوله و يقبل فيها أى فى الديانات قول الحر والعبد والامة لان خبر هؤلاء فى أمور الدين كخبر الحر اذا كانوا عدولا كما فى رواية الاخبار انتهى أقول قد زاد هذا الشارح فى الطنبور نغمة حيث أتى بمحذور آخر فى كلام نفسه فانه قال لان خبر هؤلاء فى أمور الدين كخبر الحر ولا شك أن كلمة هؤلاء من جموع أسماء الاشارة فتكون ههنا اشارة الى الاشياء الثلاثة المذكورة وهى العبد والحر والامة فيصير معنى كلام الشارح المذكور لان خبر العبد والحر والامة فى أمور الدين كخبر الحر اذا كانوا عدولا فيدخل المشبه به فى المشبه ولا يخفى فساده وقال صاحب النهاية و يقبل فيها أى فى الديانات قول العبد والحر والامة لان فى أمور الدين خبر العبد كخبر الحر كما فى رواية الاخبار وتبعه صاحب معراج الدراية كما هو دأبه فى أكثر المواضع أقول فى كلامهما أيضا نوع محذور لانهما جعلا الحر مقيسا عليه أو مشبها به وهو داخل أيضا فى المدعى ههنا فكان مما يلزم اثباته أيضا ههنا فكيف يتم أن يجعل مقيسا عليه أو مشبها به لاحد قرينيه قبل أن يتبين حال نفسه فالتعليل التام الشامل للكل ماذكره المصنف بقوله لان عند العدالة الصدق راجح والقبول لرجحانه (قوله وان أراق الماء ثم تيمم كان أحوط) أقول هذا مشكل عندى لانه اذا كان أكبر رأيه أنه صادق كانت نجاسة الماء راجحة عنده فاذا أراق هذا الماء على أعضاء الوضوء كان الراجح أن تتنجس تلك الاعضاء واذا تنجست أعضاؤه لم تجز صلاته مالم تطهر والمفروض انتفاء ماء آخر مطهر والا لم يجز التيمم فكان ينبغى أن يكون الاحتياط اذ ذاك فى ترك الاراقة لتأديها الى محذور شديد بخلاف الاحتياط بالتيمم بعد الوضوء فيما اذا كان أكبر رأيه أنه كاذب

العدالة وقوله (حتى يعتبر فيهما) أى فى الفاسق والمستور اذا أخبرا بنجاسة الماء (أكبر الرأى) وقوله (و يقبل فيها) أى فى الديانات قول العبد والحر والامة لان خبر هؤلاء فى أمور الدين كخبر الحر اذا كانوا عدولا كما فى رواية الاخبار لانه يلتزم بنفسه أولا ثم يتعدى منه الى غيره فلا يكون من باب الولاية على الغير وقوله (ماذكرناه) اشارة الى الهدية والاذن وقوله (فان كان أكبر رأيه أنه كاذب يتوضأ به) يعنى حكما لا فى الاحتياط والاحتياط فى التيمم بعد الوضوء وان لم يترجح أحد الوجهين قبل الاصل الطهارة

(قوله جريا على مذهبه انه يجوز القضاء به) أى يقتصر الحاكم على ظاهر العدالة فى الشاهد عند أبى حنيفة رحمه الله اذا لم يطعن الخصم والصحيح ان المستور كالفاسق لا يكون خبره حجة حتى تظهر عدالته

ومع العدالة يسقط احتمال الكذب فلا معنى للاحتياط بالاراقة أما التحري فمجرد ظن ولو كان أكبر رأيه انه كاذب يتوضأ به ولا يتيمم لترجح جانب الكذب بالتحري وهذا جواب الحكم فاما في الاحتياط فيتيمم بعد الوضوء لما قلنا ومنها الحل والحرمة اذا لم يكن فيه زوال الملك وفيها تفاصيل وتفريعات ذكرناها في كفاية المنتهى

كما سيأتي من بعد فات التيمم هناك بشيء طاهر فلا يلزم محذور أصلا فليتامل (قوله ومع العدالة يسقط احتمال الكذب فلا معنى للاحتياط بالاراقة) أقول لقائل أن يقول لا نسلم سقوط احتمال الكذب مع مجرد العدالة بدون أن يصل حد التواتر كيف وقد صرحوا في علم الاصول بان خبر الواحد العدل وان كان صحابيا لا يوجب اليقين بل احتمال الكذب قائم وان كان مرجوحا والا لزم القطع بالنقيضين عند اخبار العدلين بهما ولهذا قالوا انه لا يفيد الا غلبة الظن دون اليقين ويوافقه قول المصنف فيما مر لان عند العدالة الصدق راجح والقبول لرجحانه والجواب أن مراد المصنف باحتمال الكذب في قوله ومع العدالة يسقط احتمال الكذب هو الاحتمال الظاهر الذي يعتد به شرعا دون مطلق الاحتمال وعن هذا قال صاحب الكافي ومع العدالة يسقط احتمال الكذب شرعا لانها عبارة عن الانزجار عن المعاصي والكذب منها فكان منزجرا عنه اهـ فان قلت اذا بقي احتمال تما للكذب في العدالة فما معنى قوله فلا معنى للاحتياط بالاراقة قلت مراده أنه لا معنى للاحتياط بالاراقة في صورة العدالة احتياطا بها مثل الاحتياط بها في صورة التحري في خبر الفاسق أو المستور فان قلت اذا كان مفاد خبر العدول هو الظن دون اليقين فما معنى قول المصنف في مقابلة ذلك وأما التحري فمجرد ظن قلت معناه

(قوله ومع العدالة يسقط احتمال الكذب) يعني اذا أخبره عدل بنجاسة الماء يتيمم من غير اراقة الماء لسقوط احتمال الكذب مع العدالة واما التحري فمجرد ظن فيحتاط بالاراقة ان وقع في قلبه انه صادق في خباره بنجاسة الماء ولو كان أكبر رأيه انه كاذب يتوضأ به ولا يتيمم لترجح جانب الكذب بالتحري وهذا جواب الحكم فاما في الاحتياط يتيمم بعد الوضوء (قوله لما قلنا) اشارة الى قوله لان التحري مجرد ظن فكان فيه احتمال الخطاوان لم يترجح أحد الجانبين فالاصل هو الطهارة (قوله ومنها الحل والحرمة) أي من باب الديانات الحل والحرمة اذا لم يكن فيه زوال الملك أي يقبل خبر الواحد العدل في الحل والحرمة اذا لم يكن فيما أخبره بالحرمة متضمنا زوال الملك اما اذا تضمنه فلا يقبل في الحرمة وفي فتاوى قاضيخان رجل تزوج امرأة فاخبره مسلم ثقة أو رجل أو امرأة انهما ارتضعا من امرأة واحدة قال في الكتاب أحب الى أن يتنزه ويطلقها او يعطيها نصف المهر ان لم يكن دخل بها ولا تثبت الحرمة بخبر الواحد عندنا ما لم يشهد به رجلان أو رجل وامرأتان وعلى قول الشافعي رحمه الله تثبت حرمة الرضاع بشهادة الاربع من النساء وانما يتنزه احتياطا لمكان حرمة الوطء فيطلقها كيلا تبقى معلقة فان لم يكن يطلقها ولم يتنزه وسعه ذلك لان ملك النكاح لا يبطل بهذه الشهادة ولو ان مسلما اشترى لحما وقبضه فاخبره مسلم ثقة أنه ذبيحة المجوسي فانه لا ينبغي للمشتري ان ياكل ولا ان يطعم غيره لان الخبر أخبره بحرمة العين وبطلان الملك وحرمة العين حق الله تعالى فيثبت بخبر الواحد وأما بطلان الملك لا يثبت بخبر الواحد وليس من ضرورة ثبوت الحرمة بطلان الملك فتثبت الحرمة مع بقاء الملك بخلاف ما تقدم لان بقاء النكاح لا يتصور مع ثبوت الحرمة المؤبدة فاذا لم يبطل النكاح بخبر الواحد لا تثبت الحرمة واذا ثبتت الحرمة مع بقاء ملك اليمين هوهنا لا يمكنه الرد على بائعه ولا ان يحبس الثمن عن البائع اذا لم يبطل البيع ولو ان رجلا اشترى جارية أو طعاما أو ورثه ميراثا أو بسبب آخر فلما قبضه أخبره ثقة ان هذا لفلان بن فلان غصبه منه البائع أو الواهب أو المورث يستحب له التنزه عن ذلك وان لم يتنزه فهو في سعة بخلاف ما لو أخبره أنه ذبيحة مجوسي يكره أكله ولا يسعه لان المشهود به ثمة حق الله تعالى لا حق العبد حتى لا تزول الحرمة باباحة العبد فيثبت بقول الواحد لانه حجة في الديانات اما الحرمة هنا لحق العباد وشهادة الفرد غير مقبول فيها كما في النكاح كذا في المبسوط (قوله وفيها تفاصيل وتفريعات ذكرناها في كفاية المنتهى) ذكر صاحب المحيط رحمه الله ان رجلا دخل على قوم من المسلمين كانوا ياكلون

وقوله (لما قلنا) اشارة الى قوله أما التحري فمجرد ظن ففيه احتمال الخطا وقوله (ومنها) أي من الديانات (الحل والحرمة) يقبل فيهما خبر الواحد العدل اذا لم يتضمن زوال الملك كالاخبار بحرمة الطعام والشراب يقبل فيها قول العدل فلا يحل الاكل ولا الاطعام لانها حق الله تعالى فيثبت بخبر الواحد ولا يخرج عن ملكه لان بطلان الملك لا يثبت بخبره وليس من ضرورة ثبوت الحرمة بطلان الملك وأما اذا تضمن زواله فلا يقبل كما اذا أخبر رجل أو امرأة عدل الزوجين بانهما ارتضعا من امرأة واحدة بل لا بد فيها من شهادة رجلين أو رجل وامرأتين لان الحرمة ههنا مع بقاء النكاح غير متصور فكان متضمنا لزوال الملك فان قيل قد تقدم قوله لانه لما قبل قوله أي قول المجوسي في الحل أولى أن يقبل في الحرمة وهو يدل على ان العدالة في الخبر بالحل والحرمة غير شرط فكان كلامه متناقضا أجيب بان ذلك كان ضمنيا وكم من شيء يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا ولا تناقض لان المراد ههنا ما كان قصديا

(قوله أجيب بان ذلك كان ضمنيا) أقول ولا يمكن أن يجاب بان الكافر قد يكون عدلا لان المراد بالعدل هنا المسلم المرضي كما نص عليه المصنف هنا

قال (ومن دعى الى وليمة أو طعام فوجد ثمة لعبا أو غناء فلا بأس بأن يقعد ويأكل) قال أبو حنيفة رحمه الله ابتليت بهذا مرة فصبرت وهذا لان اجابة الدعوة سنة قال عليه السلام من لم يجب الدعوة فقد عصى أبا القاسم فلا يتركها لما اقترن بها من البدعة من غيره كصلاة الجنازة واجبة الاقامة وان حضرتها نياحة فان قدر على المنع منعهم وان لم يقدر يصبر وهذا اذا لم يكن مقتدى به فان كان مقتدى ولم يقدر على منعهم يخرج ولا يقعد لان في ذلك شين الدين وفتح باب المعصية على المسلمين والمحكى عن أبي حنيفة رحمه الله في الكتاب كان قبل أن يصير مقتدى به ولو كان ذلك على المائدة لا ينبغي أن يقعد وان لم يكن مقتدى لقوله تعالى فلا تقعد بعد الذكرى مع القوم الظالمين

أنه مجرد تخمين وظن لا غلبة ظن بخلاف عدالة المخبر فان الحاصل هناك غلبة الظن وهي أقوى من الاول فافترقا (قوله وهذا لان اجابة الدعوة سنة قال عليه السلام من لم يجب الدعوة فقد عصى أبا القاسم فلا يتركها لما اقترن بها من البدعة من غيره كصلاة الجنازة واجبة الاقامة وان حضرتها نياحة) قيل عليه انه قياس السنة على الفرض وهو غير مستقيم فانه لا يلزم من تحمل المحذور لاقامة الفرض تحمله لاقامة السنة وأجيب بانها سنة في قوة الواجب لورود الوعيد على تاركها قال صلى الله عليه وسلم من لم يجب الدعوة فقد عصى أبا القاسم كذا في العناية وعامة الشروح أقول الجواب منظور فيه لانهم ان أرادوا بقولهم انها سنة في قوة الواجب أنها مثل الواجب في الاحكام كما يفصح عنه قول صاحبي النهاية والكفاية فيثبت الحكم فيها على وفاق ما يثبت في الواجب

اللحم ويشربون الشراب فدعوه اليهم فقال له مسلم غير الآكل ثقة قد عرفه هذا اللحم ذبيحة مجوسي وهذا الشراب قد خالطه خمر فقال الذين دعوه الى ذلك ليس الامر كما قال بل هو حلال فانه ينظر في حالهم فان كانوا عدولا لا يلتفت الى قول المخبر بالحرمة لان خبر الواحد لا يعارض الجماعة فان خبر الجماعة حجة في الديانات والاحكام وخبر الواحد ليس بحجة في الاحكام ولان الظاهر من حال المسلمين التحرز عن ذبيحة المجوسي وعما خالطه الخمر فيكون خبر الواحد في معارضة خبرهم خبرا مستنكرا فلا يقبل وان كانوا متهمين فانه يأخذ بقول ذلك الواحد ولا يسعه أن يتناول شيأ من ذلك لان خبر الواحد باعتبار حاله مستقيم صالح ولا معتبر بخبرهم في حكم العمل به لفسقهم ولو كان في القوم رجلان ثقتان يأخذ بقولهما لان الحجة في الاحكام تتم بخبر المثنى فلا يعارض خبرهما خبر الواحد وان كان فيهم واحد ثقة يعمل فيها بأكبر رأيه فان لم يكن فيه رأى واستوى الحالان عنده فلا بأس بأن يأكل ويشرب ويتوضأ والمصير الى غالب الرأى لامعارضة بين الخبرين وعند المعارضة لا بد من مرجح لاحد الجانبين وغالب الرأى يصلح ان يكون دليلا للعمل في بعض المواضع فلان يصلح مرجحا أولى وان لم يكن له رأى يتمسك بأصل الطهارة فان أخبره بأحد الامرين مملوكان ثقتان يأخذ بقولهما لاستواء الحر والعبد في الخبر الديني ولا تتحقق المعارضة بين الواحد والمثنى في الخبر لانه يحصل من طمأنينة القلب بخبر الاثنين ما لا يحصل بخبر الواحد ولو أخبره بأحد الامرين عبد ثقة عمل فيه بأكبر الرأى لان الحجة لا تتم من طريق الحكم بخبر واحد ومن حيث الدين خبر الحر والمملوك سواء فتتحقق المعارضة بين الخبرين فيصار الى الترجيح بأكبر الرأى وان أخبره بأحد الامرين مملوكان ثقتان وبالامر الآخر حران ثقتان يأخذ بقول الحرين لان الحجة تتم بقول المملوكين فعند التعارض يترجح قول الحرين وان أخبره بأحد الامرين ثلاثة أعبد ثقات وبالامر الآخر مملوكان ثقتان يأخذ بقول العبيد وكذلك ان أخبره بأحد الامرين رجل وامرأتان وبالامر الآخر رجلان يأخذ بقول رجل وامرأتين فالحاصل في جنس هذه المسائل ان خبر المملوك والحر في الامر الديني على السواء بعد الاستواء في العدالة فيطلب الترجيح أولا من حيث العدد فاذا استوى العدد يطلب الترجيح من حيث التحري فعلى هذا اذا كان المخبر بأحد الامرين أربعة من الاحرار والمخبر بالامر الآخر حرين يؤخذ بقول الاربع (قوله لان اجابة الدعوة سنة) الى قوله كصلاة الجنازة واجبة الاقامة فان قيل كيف قاس السنة بالواجب في الاقامة عند اقتران المعصية بهما وللواجب قوة ليست للسنة قلنا هذه سنة ورد الوعيد على تاركها على ما قال عليه الصلاة والسلام من لم يجب الدعوة فقد عصى أبا القاسم

على

قال (ومن دعى الى وليمة أو طعام الخ) قيل الوليمة طعام العرس والغناء بالكسر السماع وقوله (كصلاة الجنازة) قيل عليه انه قياس السنة على الفرض وهو غير مستقيم فانه لا يلزم من تحمل المحذور لاقامة الفرض تحمله لاقامة السنة وأجيب بانها سنة في قوة الواجب لورود الوعيد على تاركها قال صلى الله عليه وسلم من لم يجب الدعوة فقد عصى أبا القاسم ويجوز أن يقال وجه التشبيه اقتران العبادة بالبدعة مع قطع النظر عن صفة تلك العبادة وقوله (فان قدر على المنع منعهم وان لم يقدر يصبر) ليكون عاملا بقوله صلى الله عليه وسلم من رأى منكم منكرا فليغيره بيده الحديث وقوله (ولو كان على المائدة ينبغي أن لا يقعد) يشير الى أن ما تقدم انما جاز اذا كان الغناء في ذلك المنزل ولم يكن على المائدة لانه لم يدخل تحت النهي وأما اذا كان على المائدة كان قاعدا مع القوم الظالمين

(قوله ويجوز أن يقال وجه التشبيه الخ) أقول فيه بحث لان الأن يقال ليس بقياس كما يشير اليه قوله وجه التشبيه وفيه أنه تبقى المسئلة حينئذ بلا دليل

فهو مشكل على قواعد علم الاصول اذ قد تقرر فيه كون السنة قسيما للواجب ومغايرة له فى الاحكام حيث صرحوا فيه بان الواجب مما كان فعله أولى من تركه مع منع تركه والسنة مما كان فعله أولى من تركه بلا منع تركه وان تارك الواجب يستحق العقوبة بالنار وتارك السنة لا يستحقها بل يستحق حرمان الشفاعة فكيف يتصور الاشتراك فى الاحكام وان أرادوا بقولهم انها سنة فى قوة الواجب مجرد بيان تأكد سنيتها فهو لا يجدى نفعا فى دفع السؤال اذ لا يلزم من تحمل المحذور لاقامة الواجب تحمله لاقامة السنة وان كانت مؤكدة تأكدا تاما لظهور التفاوت بينهما فى الحقيقة والاحكام فلا يتم القياس على أن صلاة الجنازة فرض لا واجب محض فعلى تقدير أن تكون اجابة الدعوة فى حكم الواجب بل نفس الواجب لا يندفع السؤال أيضا اذ لا يلزم من تحمل المحذور لاقامة الفرض تحمله لاقامة الواجب لثبوت الفرض بدليل قطعى دون الواجب ولهذا يكفر جاحد الاول دون الثانى فلا وجه للقياس وأجاب صاحب العناية عن السؤال المذكور بوجه آخر حيث قال ويجوز أن يقال وجه التشبيه اقتران العبادة بالبدعة مع قطع النظر عن صفة تلك العبادة اهـ أقول ليس هذا بشىء لان تشبيه اجابة الدعوة بصلاة الجنازة فى مجرد الاقتران بالبدعة مع ظهور الفرق بينهما فى القوة والضعف لا يفيد شيأ فى فقههما فيلزم ان يكون قول المصنف كصلاة الجنازة واجبة الاقامة وان حضرتها نائحة كلاما زائدا خارجا عن صنعة الفقه وحاشى له ثم أقول يمكن أن يجاب عن ذلك السؤال بوجه آخر وهو ان اجابة الدعوة وان كانت سنة عندنا ابتداء الا أنها تنقلب الى الواجب بقاء أى بعد الحضور الى محل الدعوة حيث يلزمه حق الدعوة بالتزامه اجابتها كما أشار اليه المصنف فيما بعد فيصير هذا نظير الصلاة النافلة فانها تنقلب الى الواجب بل الى الفرض بالتزام اقامتها بالشروع فيها كما تقرر فى محله ولذلك لو علم المدعو البدعة قبل الحضور لزمه ترك اجابة الدعوة كما سيجىء فيكون قوله كصلاة الجنازة واجبة الاقامة وان حضرتها نائحة قياس الواجب على الواجب فى المآل فيندفع الاشكال ثم ان صاحب الاصلاح والايضاح رد الدليل المذكور فى الكتاب حيث قال لا لان اجابة الدعوة سنة فلا تترك بسبب بدعة كصلاة الجنازة يحضرها النائحة لانه ان أراد مطلق الدعوة فلا نسلم أن اجابتها سنة وان أراد الدعوة على وجه السنة فلا يتم التقريب بل لان حق الدعوة يلزمه بعد الحضور ولا قبله الى ههنا كلامه وقصد بعض المتأخرين الجواب عن ذلك فقال ثم المراد بالاجابة المسنونة فى قوله لان اجابة الدعوة سنة ما يعم الاجابة ابتداء وانتهاء والاجابة انتهاء فقط حتى يتم تقريب الدليل لان فرض المسئلة فى دعوة اقترنت بلهو وفيه لا تسن الاجابة ابتداء كما سيجىء فاذا عرف المدعو ذلك قبل الاجابة لا يجب عليه الاجابة أصلا وأما اذا هجم عليه ولم يعرفه كما هو المفروض بدليل قوله فوجد ثمة يجب عليه الجلوس والصبر والاكل وهذا اجابة انتهاء فبهذا ينطبق الدليل على المدعى فلا يرد عليه ما قيل ان أراد بقوله لان اجابة الدعوة سنة أن اجابة مطلق الدعوة سنة فلا نسلم ذلك لما سيجىء أن الدعوة اذا قارنت شيأ من اللهو لم يلزمه حق الدعوة وان أراد أن اجابة الدعوة على وجه السنة كذلك فلا يتم التقريب ووجه الاندفاع ظاهر لانه وان لم يلزمه حق الدعوة ابتداء لكن يلزمه انتهاء اذا هجم فتامل الى هنا كلام ذلك البعض أقول لا يذهب على ذى فطانة أن هذا كلام خال عن التحصيل ابتداء وانتهاء أما خلوه عن التحصيل ابتداء فلانه لا معنى لاجابة الدعوة انتهاء فقط اذ لا يتصور تحقق اجابة الدعوة انتهاء بدون تحققها ابتداء لان عدم تحقق اجابة الدعوة من المدعو ابتداء انما يتصور بعدم مجيئه الى محل الدعوة أصلا لاجل اجابة تلك الدعوة فاذن كيف يتصور منه اجابة تلك الدعوة انتهاء واجابتها انتهاء فرع مجيئه الى محل الدعوة أولا وليس فليست وانما الذى يتصور وقوعه عكس ذلك وهو الاجابة ابتداء فقط كما اذا دعى الى وليمة أو غيرها فاجاب وذهب الى محل الدعوة فوجد ثمة لعبا أو غناء فلم يقعد ولم يأكل فانه يوجد هناك الاجابة ابتداء لا انتهاء كما لا يخفى وصورتها الشرعية فيما اذا كان المدعو مقتدى ولم يقدر على منعهم كما سيجىء فى الكتاب والعجب أن ذلك القائل ذكر الاجابة ابتداء وانتهاء والاجابة انتهاء فقط ولم يذكر الاجابة ابتداء فقط وكتب تحت قوله والاجابة انتهاء فقط أما عكسه وهو القسم الثالث ههنا فلا يتصور وقوعه اهـ فزعم

فكانت فى قوة الواجب فيثبت الحكم حينئذ فيها على حسب ما يثبت فى الواجب

وهذا كله بعد الحضور ولو علم قبل الحضور لا يحضر لانه لم يلزمه حق الدعوة بخلاف ما اذا هجم عليه لانه قد لزمه ودلت المسئلة على أن الملاهي كلها حرام حتى التغني بضرب القضيب

ماهو متصور الوقوع غير متصور الوقوع وبالعكس ولم يدر أن تحقق انتهاء الشيء في الخارج يستلزم تحقق ابتدائه فيه دون العكس كما لا يخفى وأما خلو كلامه عن التحصيل انتهاء فلان الظاهر من قوله ووجه الاندفاع ظاهر لانه وان لم يلزمه حق الدعوة ابتداء لكن يلزمه انتهاء اذا هجم أنه اختار كون المراد أن اجابة مطلق الدعوة سنة لان عدم لزوم حق الدعوة ابتداء لكن يلزمه انتهاء كان من متفرعات منع ذلك ولكن ماذكر في وجه الاندفاع ليس بسديد لانه اذا علم المدعو قبل الحضور أن الدعوة قارنت شيأ من البدعة لم يلزمه الاجابة أصلا كما سيجيء في الكتاب وذكره ذلك القائل أيضا في أثناء كلامه ويكفي لسند منع أن اجابة مطلق الدعوة سنة هذه الصورة فقط فلا وجه لقوله لانه وان لم يلزمه حق الدعوة ابتداء لكن يلزمه انتهاء اذا هجم لان لزوم حق الدعوة للمدعو انتهاء اذا هجم عليه انما يكون بان علم ذلك بعد الحضور وهو صورة أخرى غير الصورة الاولى التي هي السند للمنع المذكور ولا شك انه لا يلزمه حق الدعوة في الصورة الاولى لا ابتداء ولا انتهاء فكيف يكون ماذكره وجها للاندفاع والصواب في الجواب عما ذكره صاحب الاصلاح والايضاح اختيار الشق الثاني من ترديده وهو كون المراد أن اجابة الدعوة على وجه السنية فتكون الاجابة سنة وبيان تمام تقريب الدليل بان الدعوة على ثلاثة أوجه الاول ان دعى الى وليمة أو طعام ولم يكن ثمة شيء من البدع أصلا والثاني ان دعى الى ذلك ولم يذكر حين الدعوة أن ثمة شيأ من البدع ولم يعلمه المدعو قبل الحضور ولكن هجم عليه والثالث ان دعى الى ذلك وذكر أن ثمة شيأ من البدع فعلمه المدعو قبل الحضور ففي الوجهين الاولين كانت الدعوة على وجه السنة فتكون الاجابة سنة وفي الوجه الثالث لم تكن الدعوة على وجه السنة فلا تكون الاجابة لازمة للمدعو أصلا والمسئلة التي نحن فيها من الوجه الثاني من تلك الاوجه فيتمشى فيها الدليل المذكور فيتم التقريب تأمل تقف (قوله وهذا كله بعد الحضور ولو علم قبل الحضور لا يحضر) أقول لقائل أن يقول الحديث المذكور يعم ما بعد الحضور وما قبله اذ قد تقرر في علم الاصول أن المعرف باللام اذا لم تكن للعهد الخارجي فهو للاستغراق والدعوة في قوله عليه الصلاة والسلام من لم يجب الدعوة فقد عصى أبا القاسم معرفة باللام ولم يظهر هنالك معهود خارجي فهي للاستغراق فتعم كل دعوة والجواب أنه ان كان عاما من حيث اللفظ فهو مخصوص بالنصوص الدالة على وجوب الاجتناب عن اقتراب تلك البدع بلا ضرورة توفيقا بين النصوص مهما أمكن وقد دعت الضرورة الى الصبر فيما اذا علم بعد الحضور لانه قد لزمه حق الدعوة بخلاف ما اذا علم قبل الحضور اذ لم يلزمه ذلك هناك كما بينه المصنف هنالك فافترقا (قوله ودلت المسئلة على أن الملاهي كلها حرام حتى التغني بضرب القضيب) لان محمدا رحمه الله أطلق اسم اللعب والغناء بقوله فوجد ثمة اللعب والغناء فاللعب وهو اللهو

(قوله لانه لم يلزمه حق الدعوة) لان اجابة الدعوة انما تلزم اذا كانت الدعوة على وجه السنة هذا اذا كانوا لا يتركون بحضوره وان كانوا يتركون احتشاما له واحتراما له يحضر لان حضوره يكون من باب النهي عن المنكر (قوله ودلت المسئلة على ان الملاهي كلها حرام) لان محمدا رحمه الله أطلق اسم اللعب والغناء بقوله فوجد ثمة اللعب والغناء فاللعب وهو اللهو حرام بالنص قال عليه السلام لهو المؤمن باطل الا في ثلاث تأديبه فرسه وفي رواية ملاعبته بفرسه ورميه عن قوسه وملاعبته مع أهله وهذا الذي ذكره ليس من هذه الثلاث فكان باطلا ثم الكلام في الغناء قال بعضهم دلت المسئلة على ان مجرد الغناء والاستماع اليه معصية لقوله عليه السلام استماع الملاهي معصية والجلوس عليها فسق والتلذذ بها من الكفر انما قال ذلك على سبيل التشديد وان سمع بغتة فلا اثم عليه ويجب عليه ان يجتهد كل الجهد حتى لا يسمع وقد قال ابن مسعود رضي الله عنه ان صوت اللهو والغناء ينبت النفاق في القلب كما ينبت النبات بالماء وقال مشايخنا رحمهم الله استماع القرآن بالالحان معصية والتالي والسامع آثمان ومنهم قال اذا كان وحده فيغني لدفع الوحشة من نفسه فلا باس وبه أخذ شمس الائمة السرخسي رحمه الله (قوله حتى التغني بضرب القضيب) عني به خشب الحارس والله أعلم

(وقوله ودلت المسئلة على أن الملاهي كلها حرام) لان محمدا رحمه الله أطلق اسم اللعب والغناء بقوله فوجد ثمة اللعب والغناء فاللعب وهو اللهو حرام لا يقال الحياة الدنيا لعب ولهو لقوله تعالى اعلموا أنما الحياة الدنيا لعب ولهو والحياة الدنيا ليست بحرام لان الحاصل من هذا القياس بعض اللهو واللعب ليس بحرام وهو ما استثناه النبي صلى الله عليه وسلم في قوله لهو المؤمن باطل الا في ثلاث تاديبه لفرسه ورميه عن قوسه وملاعبته مع أهله وقوله (بضرب القضيب) عني به

(قال المصنف ولو علم قبل الحضور لا يحضره) أقول فيه كلام لان الحديث ينتظمه (قوله لقوله تعالى اعلموا أنما الحياة الدنيا لعب الخ) أقول المراد بها أمور الدنيا أعني ما لا يتوصل به الى الفوز الآجل (قوله ليس بحرام) أقول يعني مطلقا (قوله لان الحاصل من هذا القياس بعض اللهو الخ) أقول لكن القياس الاول يقتضي الكلية كما لا يخفى ثم ان الاولى أن يجاب بان الكلام على التشبيه فليتأمل (قوله وهو ما استثناه النبي عليه الصلاة والسلام) أقول فيه نظر يظهر وجهه بالنظر في كتب التفاسير

حرام كذا في العناية وهذا القدر من التعليل كاف في بيان دلالة المسئلة على أن الملاهي كلها حرام هو الصحيح المختار عندي وقد زاد جمهور الشراح على ذلك كلاما آخر حيث قالوا فاللعب وهو اللهو حرام بالنص قال النبي صلى الله عليه وسلم لهو المؤمن باطل الا في ثلاث تاديبه فرسه وفي رواية ملاعبته بفرسه ورميه عن قوسه وملاعبته مع أهله وهذا الذي ذكره محمد ليس من هذه الثلاث فكان باطلا انتهى أقول فيه كلام أما أولا فلان زيادة قولهم بالنص في قولهم فاللعب وهو اللهو حرام بالنص يدل على أن الدليل على حرمة اللهو هو النص والكلام في دلالة المسئلة على ذلك فلا يتم التقريب بخلاف ما اذا لم يؤت بتلك الزيادة اذ يكون قولهم فاللعب وهو اللهو حرام اذ ذاك متفرعا على ما قبله وهو اطلاق محمد اسم اللعب والغناء بقوله فوجد ثمة اللعب والغناء فيصير حاصل التعليل أن محمدا لما أطلق اسم اللعب والغناء في هاتيك المسئلة ولم يقيده بنوع علم أن اللعب الذي هو اللهو حرام مطلقا وهو جيد مفيد للمدعى وأما ثانيا فلان قولهم وهذا الذي ذكره محمد ليس من هذه الثلاث فكان باطلا ينافي قولهم في أول التعليل لان محمدا أطلق اسم اللعب والغناء اذ على تقدير أن لا يكون ما ذكره محمد في هاتيك المسئلة من هذه الثلاث يلزم أن لا يكون اسم اللعب فيها مطلقا بل أن يكون مقيدا بغير هذه الثلاث لا يقال مرادهم باطلاق محمد اسم اللعب اطلاقه بالنسبة الى ما عدا هذه الثلاث لا بالنسبة الى كل لعب فلا تنافي لانا نقول لا يساعده لفظ محمد لانهم انما أخذوا اطلاق اسم اللعب من قوله فوجد ثمة اللعب والغناء ولا يخفى أن قوله المذكور انما يقتضي الاطلاق بالنسبة الى جنس اللعب لا بالنسبة الى بعض منه وهو ما عدا الثلاث المذكورة ثم أقول بقي شيء في أصل كلام المصنف وهو أنه لو اعتبرت دلالة المسئلة المذكورة على أن الملاهي كلها حرام وجاز العمل بهذه الدلالة لزم القول بحرمة الصور الثلاث المستثناة في الحديث أيضا ولم يقل بها أحد اللهم الا أن يقال تلك الثلاث مستثناة في كلام محمد تقديرا بناء على كونها مستثناة في الحديث صريحا ويجعل شهرة الحديث قرينة على ذلك ثم ان صاحب العناية قال لا يقال الحياة الدنيا لعب ولهو لقوله تعالى اعلموا أنما الحياة الدنيا لعب ولهو والحياة الدنيا ليست بحرام لان الحاصل من هذا القياس بعض اللهو واللعب ليس بحرام وهو ما استثناه النبي صلى الله عليه وسلم في قوله لهو المؤمن باطل الا في ثلاث تاديبه فرسه ورميه عن قوسه وملاعبته مع أهله انتهى كلامه أقول أراد بالقياس في قوله لان الحاصل من هذا القياس بعض اللهو واللعب ليس بحرام القياس المنطقي الذي ذكر في السؤال على الشكل الثالث من الاشكال الاربعة بقسمة الاقتراني وبالحاصل منه نتيجته وأشار بقوله بعض اللهو واللعب الى جزئية تلك النتيجة بناء على أن الشكل الثالث لا ينتج الا جزئية كما تقرر في موضعه فبطل قول بعض الفضلاء هنا لكن القياس الاول يقتضي الكلية كما لا يخفى فكأنه غفل عن كون القياس المذكور على الشكل الثالث أو عن كون نتيجة الشكل الثالث جزئية لا غير وقال بعض المتأخرين هنا ان شرط انتاج الشكل الثالث كلية احدى مقدمتيه وهي ههنا منتفية انتهى أقول ليس هذا أيضا بصحيح اذ الظاهر أن كلتا مقدمتي القياس المذكور كليتان صغراهما موجبة كلية وكبراهما سالبة كلية وان حمل السلب في الثانية على رفع الايجاب الكلي دون السلب الكلي فكلية الاولى مقررة وأداة سور الكلية هي اللام الاستغراقية الداخلة على الحياة الدنيا اذ ليست أداة سورها منحصرة في لفظة كل بل كل ما يدل على الكلية من الالفاظ فهو أداة سورها كما صرحوا به ثم أقول في الجواب الذي ذكره صاحب العناية نظر فان قوله لان الحاصل من هذا القياس بعض اللهو واللعب ليس بحرام جيد وأما قوله وهو ما استثناه النبي عليه السلام فلا لان القياس المذكور انما ينتج أن بعض اللهو واللعب وهو الحياة الدنيا ليس بحرام فان الذي كان حدا أوسط في ذلك القياس هو الحياة الدنيا فهي المراد بالبعض في النتيجة ونظير هذا ما اذا قلنا كل انسان حيوان ولا شيء من الانسان بفرس فانه ينتج أن بعض الحيوان الذي هو الانسان ليس بفرس لا أن بعضه أي بعض كان ليس بفرس والا لم يكن للحد الاوسط تاثير ودخل في النتيجة

بالصواب

وكذاقول أبي حنيفة رحمه الله ابتليت لان الابتلاء بالمحرم يكون

(فصل في اللبس) قال (لايحل للرجال لبس الحرير ويحل للنساء) لان النبي عليه السلام نهى عن لبس

وليس كذلك قطعا وهذا كله غير خاف على من له دربة بعلم الميزان فاذا كانت النتيجة في القياس المذكور أن بعض اللهو واللعب الذي هو الحياة الدنيا ليس بحرام فلامعنى لتخصيصه بالصور الثلاث المستثناة في الحديث لان مالايحرم من أمور الحياة الدنيا كثير لايحصى فما الوجه التخصيص على أن ماذكره من الجواب لايحسم مادة السؤال لامكان أن يورد السؤال بصورة القياس الاستثنائي ويقال لو كانت الملاهي كلها حراما لكانت الحياة الدنيا أيضا حراما لانها لعب ولهو لقوله تعالى اعلموا أنما الحياة الدنيا لعب ولهو ولكن الحياة الدنيا ليست بحرام ينتج أن الملاهي كلها ليست بحرام ولاشك أن الجواب المذكور لايمشي حينئذ فالصواب في الجواب أن يقال ليس المراد بقوله تعالى اعلموا أنما الحياة الدنيا لعب ولهو أنها لعب ولهو حقيقة بل المراد والله أعلم أنها كلعب ولهو على طريق التشبيه البليغ يعني أنها كاللعب واللهو في سرعة فنائها وانقضائها صرح به في التفسير فلا يلزم من عدم حرمة الحياة الدنيا عدم حرمة اللعب واللهو أيضا كما لايخفى (قوله وكذا قول أبي حنيفة ابتليت لان الابتلاء بالمحرم يكون) يعني ودل أيضا قول أبي حنيفة ابتليت على أن الملاهي كلها حرام لان الابتلاء لايكون الا بالمحرم وقد أشار الى هذا القصر بتقديم الجار والمجرور على الفعل في قوله بالمحرم يكون أقول لقائل أن يقول دلالة قوله ابتليت على حرمة ماوجده ثمة مسلمة بناء على أن الابتلاء لايكون الا بالمحرم وأما دلالته على حرمة كل الملاهي كما هو المدعى فممنوعة كيف وقد قال ابتليت بهذا مرة انتهى ولا شك أن ما ابتلي به مرة لايكون كل الملاهي بل انما يكون شيأ معينا منها واعترض عليه صدر الشريعة بوجه آخر حيث قال في شرح الوقاية قالوا قوله ابتليت يدل على الحرمة ويمكن أن يقال ان الصبر على الحرام لاقامة السنة لايجوز والصبر الذي قاله أبو حنيفة جاز أن يكون بالسامع معرضا عن ذلك اللهو منكرا له غير مشتغل ولامتلذذ به انتهى أقول ذلك ساقط لان اجابة الدعوة وان كانت سنة ابتداء الا أنها تصير واجبة بقاء حيث يلزمه حق الدعوة بعد الحضور لالتزمه الاجابة بالحضور كما هو الشأن في سائر النوافل من الصلاة والصوم ونحوهما فان كلا منها تصير واجبة بالشروع فيها فكان الصبر على الحرام فيما قال أبو حنيفة لاقامة الواجب فيجوز كما في صلاة الجنازة اذا حضرتها النياحة وقد مر منا مثل هذا الجواب فيما قبل فتذكر ثم ان جواز كون أبي حنيفة بالسامع معرضا عن ذلك اللهو منكرا له غير مشتغل ولامتلذذ به لايدفع حرمة ذلك اللهو ولاحرمة الجلوس عليه اذ قد ذكر في الكافي والشروح أن الصدر الشهيد روى في كراهية الواقعات عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال استماع الملاهي معصية والجلوس عليها فسق والتلذذ بها من الكفر ومدلول هذا الحديث أن مجرد الجلوس على اللهو فسق فاني يتصور اختيار ذلك من مثل الامام الاعظم لو لم يعارض وجوب اجابة الدعوة بعد الحضور شيء من ذلك فتامل وقد أورد صاحب الاصلاح والايضاح ما أورده صدر الشريعة مع زيادة بعض من المقدمات سيما في أول ايراده حيث قال بعد قوله ودل قوله على حرمة كل الملاهي لان الابتداء بالمحرم يكون كذا قالوا وفيه نظر فان الابتلاء يستعمل فيما هو محظور العواقب ولو كان مباحا ومنه قوله عليه السلام من ابتلي بالقضاء الحديث ثم ان الصبر على الحرام رعاية لحق الدعوة لايجوز لان السنة تترك حذرا عن ارتكاب المحظور فالظاهر أنه جلس معرضا عن ذلك اللهو منكرا له غير مستمع له فلم يتحقق منه الجلوس على اللهو فعلى هذا لايكون مبتلى بحرام انتهى وقد نقله بعض المتأخرين بتقصير وتحريف وعزاه في الحاشية الى صاحب الاصلاح والايضاح ثم قصد رده فاتى بكلام مفصل مشوش قابل للدخل والجرح تركنا ذكره وبيان مافيه تحاشيا عن الاطناب الممل ومن شاء فليراجع كتابه

(فصل في اللبس) قال صاحب النهاية لما ذكر مقدمات مسائل الكراهية ذكر مايتوارد على الانسان

(فصل في اللبس)

خشب الحارس وقوله (وكذاقول أبي حنيفة) معطوف على قوله ودلت المسئلة

(فصل في اللبس) لما فرغ من مقدمات مسائل الكراهية ذكر تفصيل مايحتاج اليه الانسان

(فصل في اللبس) (قوله لما فرغ من مقدمات مسائل الكراهية) أقول فيه بحث فان أول الفصول معقود لبيان الاكل والشرب كما ترى وقبول الاخبار وغيره مذكور لاجله لتعلقه به والتعميم بمثل التوضي اذا أخبر بنجاسة الماء ليتيمم

وقدم اللبس لكثرة الاحتياج اليه قال (لا يحل للرجال لبس الحرير ويحل للنساء الخ) لما ذكر الحرمة والحل استدل على الحرمة بقوله صلى الله
عليه وسلم انما يلبسه من لاخلاق له فى الآخرة وهو عام فى الذكر والانثى لزم أن يقول (وانما حل للنساء بحديث آخر)

الحرير والديباج وقال انما يلبسه من لاخلاق له فى الآخرة وانما حل للنساء بحديث آخر وهو مارواه عدة
من الصحابة رضى الله عنهم منهم على رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم خرج وباحدى يديه حرير
و بالاخرى ذهب وقال هذان محرمان على ذكور أمتى حلال لاناثهم ويروى حل لاناثهم (الا أن القليل عفو

مما يحتاج اليه بالفصول فقدم اللبس على الوطء لان الاحتياج الى اللبس أشد منه الى الوطء انتهى كلامه
واقتفى أثره صاحب العناية فى هذا المعنى ولكن بعبارة أقصر أقول صدور هذا التوجيه منهما فى غاية
الاستبعاد فان مقتضاه الغفلة عما تقدم من الفصل الاول المعقود لبيان الاكل والشرب وماذكره فيه من
مسائل كثيرة متعلقة بالاكل والشرب مقصودة بالذات غير صالحة لان تكون من مقدمات مسائل الكراهية
كما ترى والصواب فى وجه الترتيب أن يقال قدم فصل الاكل والشرب لان احتياج الانسان الى الاكل
والشرب أشد وعقبه بفصل اللبس فقدمه على فصل الوطء لان احتياج الانسان الى اللبس أكثر من احتياجه
الى الوطء لتحقق الاول فى جميع الاوقات دون الثانى وقد أشير الى هذا التوجيه فى معراج الدراية (قوله وانما
حل للنساء بحديث آخر وهو مارواه عدة من الصحابة الى آخره) لما ذكر حرمة لبس الحرير على الرجال وحله
للنساء واستدل على الحرمة بما يعم الرجال والنساء لزمه أن يقول وانما حل للنساء بحديث آخر فان قيل
المحرم والمبيح اذا اجتمعا يجعل المحرم متأخرا كى لا يلزم النسخ مرتين وهنا لو تأخر قوله عليه السلام هذان
حرامان الحديث يلزم النسخ مرتين فى حق الاناث فيجعل قوله عليه السلام حل لاناثهم مقدما قلنا قوله انما
يلبسه من لاخلاق له فى الآخرة يحتمل أن يكون بيانا لقوله حرامان على ذكور أمتى لان هذا وعيد لا بيان حكم
فيحمل عليه تقليلا للنسخ ولان قوله هذان حرامان الحديث نص لبيان التفرقة فى حق الحل والحرمة للذكور
والاناث وقوله انما يلبسه من لاخلاق له فى الآخرة لبيان الوعيد فى حق من لبس الحرام فكانا كالظاهر
والنص والنص راجح على الظاهر أو نقول الدليل دل على أن مقتضى الحل للاناث متأخر وهو استعمال الاناث
من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا من غير نكير وهذا آية قاطعة على تأخره كذا ذكر السؤال
والجواب فى شرح تاج الشريعة والكفاية قال صاحب العناية فى تقرير السؤال والجواب هنا فان قيل
الحديث الدال على حله لهن اما أن يكون قبل الاول فينسخ به أو بعده فيتعارضان لان العام كالخاص فى
افادة القطع عندنا أو لا يعلم التاريخ فيجعل المحرم متأخرا لئلا يلزم النسخ مرتين فالجواب انه بعده بدليل
استعمالهن اياه من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم من غير نكير وذلك آية قاطعة على تأخره فينسخ به المحرم
وتكرار النسخ بالدليل غير ممتنع انتهى كلامه أقول تقرير السؤال على الوجه الذى ذكره صاحب العناية
ليس بسديد لان الترديد المثلث المذكور فيه قبيح جدا بل مختل المعنى فانه ان أراد بقوله فى الشق الثانى
فيتعارضان أنهما حينئذ يتعارضان فيتساقطان فليس بصحيح اذ المؤخر يكون ناسخا للمقدم البتة عند
التعارض والتساوى فى القوة وانما التساقط فيما اذا لم يعلم التاريخ ولم يمكن الجمع بينهما بطلب المخلص كما
تقرر كل ذلك فى علم الاصول وان أراد بذلك أنهما يتعارضان و يكون المؤخر ناسخا للمقدم فهو يدفع السؤال
عن المقام فلا وجه للرجحه فى جانب السؤال وأقول فى الجواب الذى ذكره أيضا شئ وهو أنه ذكر فى الشروح
وسائر المعتبرات أنه قال بعض الفقهاء لبس الحرير حرام على النساء أيضا لعموم النهى ولما حدث الطحاوى
عن أبى بكرة عن أبى داود عن شعبة قال أخبرنى أبو ذبيان قال سمعت ابن الزبير يخطب يقول يا أيها الناس
لا تلبسوا نساءكم الحرير فانى سمعت عمر بن الخطاب يقول سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول من لبس

(قوله وانما حل للنساء بحديث آخر) قال بعض الفقهاء حرام عليهن لعموم النهى (قوله وهو مارواه عدة
من الصحابة) منهم على وأبو موسى وعبد الله بن عمر وعقبة بن عامر رضى الله عنهم ان النبى صلى الله

فان قيل الحديث الدال على حله لهن اما أن يكون قبل الاول فينسخ به أو بعده فيتعارضان لان العام كالخاص فى افادة القطع عندنا أو لا يعلم التاريخ فيجعل المحرم متأخرا لئلا يلزم النسخ مرتين فالجواب أنه بعده بدليل استعمالهن اياه من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم من غير نكير وذلك آية قاطعة على تأخره فينسخ به المحرم وتكرار النسخ بالدليل غير ممتنع فان قيل قوله صلى الله عليه وسلم هذان حرامان اشارة

الفائدة وهو ظاهر (قوله وقدم اللبس الخ) أقول بل المقدم هو الاكل والشرب لشدة الاحتياج (قوله واستدل على الحرمة بقوله عليه الصلاة والسلام انما يلبسه من لاخلاق له فى الآخرة وهو عام فى الذكر والانثى) أقول لم يتعرض لعموم النهى لاظهرية العموم فيما ذكره مع أنه فسر قول المصنف لهما العمومات بالنهى عن لبس الحرير أيضا الاحتمال توهم دعوى الخصوص بالرجال فى النهى مستدلا بلفظ لا تلبسوا (قوله اما أن يكون قبل الاول فينسخ
به الخ) أقول فان قيل ينبغى أن ينسخ أيضا فى الوجه الاول قلنا المحرم رجحان فتأمل (قوله أو بعده فيتعارضان) أقول بل ينسخ الاول
به فلا غشية للسؤال وهو حاصل الجواب (قوله وتكرار النسخ بالدليل غير ممتنع) أقول على أن الاباحة الاصلية ليست بحكم شرعى فلا يلزم

وهو مقدار ثلاثة أصابع أو أربعة كالاعلام والمكفوف بالحرير) لما روى أنه عليه السلام نهى عن لبس الحرير الا موضع اصبعين أو ثلاثة أو أربعة أراد الاعلام وعنه عليه السلام انه كان يلبس جبة مكفوفة بالحرير قال (ولا باس بتوسده والنوم عليه عند أبي حنيفة وقالا يكره) وفي الجامع الصغير ذكر قول محمد وحده ولم يذكر قول أبي يوسف وانما ذكره القدوري وغيره من المشايخ وكذا الاختلاف في ستر الحرير وتعليقه على الابواب لهما العمومات ولانه من زي الاكاسرة والجبابرة والتشبه بهم حرام وقال عمر رضي الله عنه اياكم وزي الاعاجم وله ماروى أنه عليه السلام جلس على مرفقة حرير وقد كان على بساط عبد الله بن عباس رضي الله عنهما مرفقة حرير ولان القليل من الملبوس مباح كالاعلام فكذا القليل من اللبس والاستعمال والجامع كونه

الحرير في الدنيا لم يلبسه في الآخرة فقد ظهر أن بعض الفقهاء سيما ابن الزبير رضي الله تعالى عنه أنكروا استعمال النساء الحرير فكيف يتم أن يقال في الجواب انه بعده بدليل استعمالهن اياه من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم من غير نكير فتامل ثم قال صاحب العناية فان قيل قوله صلى الله عليه وسلم هذان حرامان اشارة الى جزئيين فن أين العموم أجيب بان المراد الجنس ولئن كان شخصا فغيره ملحق به بالدلالة انتهى أقول فيه بحث وهو أنه قد تقرر في علم الاصول أن عبارة النص ترجح على اشارته واشارته ترجح على دلالته فعلى تقدير أن يكون غير الشخص المشار اليه في قوله عليه الصلاة والسلام هذان حرامان الحديث ملحقا به بالدلالة يلزم أن يرجح الحديث الدال عبارة أو اشارة على حرمة لبس الحرير مطلقا على الذكر والانثى كقوله عليه السلام انما يلبسه من لاخلاق له في الآخرة على هذا الحديث في حق ما أفاده دلالة وهو حل لبس الحرير الذي هو غير الشخص المشار اليه في هذا الحديث للنساء فيلزم أن لا ينتهض هذا الحديث حجة لحل لبس الحرير الغير المشار اليه في الحديث للنساء فن أين ثبت العموم (قوله ولا باس بتوسده والنوم عليه عند أبي حنيفة وقالا يكره) قال الشراح يعني للرجل والمرأة جميعا بخلاف اللبس وماخذهم الخلاصة فانه قال فيها والرجل والمرأة في هذا سواء بخلاف اللبس وعن هذا قال في النهاية كذا في الخلاصة وقال في معراج الدراية ذكره في الخلاصة أقول تعميم قول الامامين هنا للمرأة أيضا مشكل فان قول النبي صلى الله عليه وسلم حلال لاناثهم ليس بمقيد باللبس بل الظاهر أنه يعم التوسد والنوم عليه أيضا وهما مع كونهما مستدلين على مدعاهما ههنا بالعمومات كيف يتركان العمل بعموم هذا الحديث المشهور الذي رويه جماعة من كبار الصحابة رضي الله عنهم (قوله لهما العمومات) قال صاحب النهاية وهي ماذكره من قوله نهى عن لبس الحرير وقوله انما يلبسه من لاخلاق له

عليه وسلم خرج وباحدى يديه حرير وبالاخرى ذهب فقال هذان محرمان على ذكور أمتي حل لاناثهم أي هذان جنسان محرمان فثبوت الحرمة فيما عينه بطريق العبارة وفي غيره من جنسه بطريق الدلالة فان قيل المحرم والمبيح اذا اجتمعا يجعل المحرم متاخرا كيلا يلزم النسخ مرتين فكيف يجعل المبيح ههنا متاخرا وهو قوله حل لاناثهم ونهى النبي عليه السلام عن لبس الحرير مطلقا متقدم ماقلنا قوله انما يلبسه يحتمل ان يكون بيانا لقوله محرما على ذكور أمتي لان هذا وعيد لا بيان حكم فيحمل عليه تقليلا للنسخ ولان هذا الحديث نص لبيان التفرقة في حق الحل والحرمة للذكور والاناث وقوله انما يلبسه من لاخلاق له في الآخرة لبيان الوعيد في حق من لبس الحرام فكانا كالظاهر والنص والنص راجح على الظاهر أو نقول الدليل دل على ان مقتضى الحل للاناث متاخر وهو استعمال الاناث من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا من غير نكير وهذا آية قاطعة على تاخره (قوله مقدار ثلاثة أصابع أو أربع) أي مضمومة لامنشورة وفي السير الكبير ان العلم حلال مطلقا سواء كان صغيرا أو كبيرا ومن الناس من حرم ذلك لعموم النهي (قوله وكذا الاختلاف في ستر الحرير) أي في تعليقه على الجدار (قوله لهما العمومات) وهي هذان محرمان الحديث وقوله صلى الله عليه وسلم لان أتكئ على جمرة الغضا أحب الى من ان أتكئ على مرفقة حرير وعن علي رضي الله عنه انه أتى بدابة على سرجها حرير فقال هذا لهم في الدنيا ولنا في الآخرة (قوله والجامع كونه نموذجا) أي يعلم بهذا المقدار ما وعده في الآخرة فان قيل الجلوس على كرسي الفضة

الى جزئيين فمن أين العموم أجيب بان المراد الجنس ولئن كان شخصا فغيره يلحق به بالدلالة وقوله (قالا ويكره) يعني للرجل والمرأة جميعا بخلاف اللبس وقوله (لهما العمومات) يريد به قوله نهى عن لبس الحرير وقوله انما يلبسه من لاخلاق له في الآخرة وما روي عن عمر رضي الله عنه أنه استقبل جيشا من الغزاة رجعوا بغنائم ولبسوا الحرير فلما وقع بصره عليهم أعرض عنهم فقالوا لم أعرضت عنا قال لاني أرى عليكم ثياب أهل النار والمرفقة بكسر الميم وسادة الاتكاء وقوله (والجامع كونه نموذجا) يريد به أن المستعمل يعلم بهذا المقدار لذة ما وعد له في الآخرة فمنه ليرغب في تحصيل سبب

تكرر النسخ على ما حقق في مقامه (قال المصنف الا أن القليل عفو وهو مقدار ثلاثة أصابع أو أربع) أقول الاصبع يذكر ويؤنث فذكر في ثلاثة وأنث في أربعة (قوله وقالا يكره يعني للرجل والمرأة جميعا) أقول كيف يقولان في قوله عليه الصلاة والسلام حلال لاناثهم (قوله يريد به قوله نهى عن لبس الحرير) أقول التوسد والنوم عليه ليس لبسا فكيف يستدل به الا أن يقال ذلك في معناه وقد مر مثله في الفصل الاول

نموذجا على ما عرف قال (ولا باس بلبس الحرير والديباج فى الحرب عندهما) لما روى الشعبى أنه عليه السلام رخص فى لبس الحرير والديباج فى الحرب ولان فيه ضرورة فان الخالص منه أدفع لمعرة السلاح وأهيب فى عين العدو لبريقه (ويكره عند أبى حنيفة) لانه لا فصل فيما رويناه والضرورة اندفعت بالمخلوط وهو الذى لحمته حرير وسداه غير ذلك والمحظور لا يستباح الا لضرورة وما رواه محمول على المخلوط قال (ولا باس بلبس ما سداه حرير ولحمته غير حرير كالقطن والخز فى الحرب وغيره) لان الصحابة رضى الله عنهم كانوا يلبسون الخز والخز مسدى بالحرير ولان الثوب انما يصير ثوبا بالنسج والنسج باللحمة فكانت هى المعتبرة دون السدى

فى الآخرة وما روى عن عمر رضى الله تعالى عنه أنه استقبل جيشا من الغزاة رجعوا بغنائم ولبسوا الحرير فلما وقع بصره عليهم أعرض عنهم فقالوا لم أعرضت عنا قال لانى رأيت عليكم ثياب أهل النار اهـ واقتفى أثره صاحب العناية فى بيان المراد من العمومات بهذه المذكورات أقول حمل العمومات على هذه المذكورات لا يكاد يتم لان مدلول كل من هذه المذكورات انما هو حرمة لبس الحرير والكلام ههنا فى توسده والنوم عليه والظاهر أنهما ليسا بلبس اذ لا يقال ان توسد شيأ أو نام عليه أنه لبسه لا فى اللغة ولا فى العرف فانى يوجد العموم اللهم الا أن يقال التوسد والافتراش وان لم يكونا لبسا فى الحقيقة الا أنهما فى حكم اللبس فى تحقق الاستعمال والانتفاع بهما فصارا ملحقين باللبس عندهما وكان مرادهما بالعموم هو العموم دلالة لا عبارة لكنه تعسف جدا كما لا يخفى وقال تاج الشريعة فى بيان العمومات وهى هذان حرامان الحديث وقوله عليه السلام لان أتكئ على جمرة الغضا أحب الى من أن أتكئ على مرفقة حرير وعن على رضى الله عنه أنه أتى بدابة على سرجها حرير فقال هذا لهم فى الدنيا ولنا فى الآخرة اهـ واقتفى أثره صاحب الكفاية فى هذا البيان أقول هذا أشبه من الاول ولكن فيه أيضا شئ فان العموم فى الحديث الاول ظاهر حيث لم يقيد الحرمة فيه بشئ من اللبس والتوسد وغيرهما وأما فى الاخيرين فلا لان الثانى مخصوص بالاتكاء والثالث مخصوص بما يفعل فى السرج من القعود والافتراش فلم يظهر فى شئ منهما العموم الا أن ينظر فى الثالث الى مجرد قوله هذا لهم فى الدنيا ولنا فى الآخرة مع قطع النظر عما قبله فحينئذ يحتمل العموم كما ترى (قوله والمحظور لا يستباح الا لضرورة) قال بعض المتأخرين قوله والمحظور لا يستباح الا لضرورة يوهم أن ما لحمته حرير وسداه غيره مباح فى غير الحرب أيضا لحق التعبير والضرورة اندفعت باباحة الادنى فلا حاجة الى استباحة الاعلى ولو حملنا المعنى على المحظور لا يستباح الا لضرورة فاذا أمكن اندفاعها بالادنى منه لا يصار الى استباحة الاعلى كان الكلام من قبيل الايجاز المخل الى هنا كلامه أقول ليس هذا بشئ فان جميع مقدماته مجروح أما قوله والمحظور لا يستباح الا لضرورة يوهم أن ما لحمته حرير وسداه غير مباح فى غيره الحرب أيضا فلان ذلك الايهام انما يتصور أن لو تحققت الضرورة فى غير الحرب أيضا وليس فليس وأما قوله لحق التعبير والضرورة اندفعت باباحة الادنى فلا حاجة الى استباحة الاعلى فلان حق التعبير كيف يكون ذلك ويرد عليه أن يقال يجوز أن يكون استباحة الاعلى للتوسعة بها لا للحاجة اليها فلا بد فى دفع ذلك من المصير الى قول المصنف والمحظور لا يستباح الا لضرورة وأما قوله ولو حملنا المعنى الى قوله كان الكلام من قبيل الايجاز المخل فلانه انما يكون الكلام على ذلك المعنى من قبيل الايجاز المخل أن لو كان قوله فاذا أمكن اندفاعها بالادنى منه لا يصار الى استباحة الاعلى مقدرا فى كلام المصنف وأما اذا كان مضمون ذلك القول مفهوما من المقدمة السابقة وهى قوله والضرورة اندفعت بالمخلوط كما هو حقيقة

لا يحل ولا يحل افتراشه وقد حل القليل منه وهو لبس الخاتم قلنا ما أطلقنا القليل الا ليكون نموذجا فاذا انقلب مقصودا بقى حراما كالخز وهذا لان الحرير لباس أهل الجنة قال الله تعالى ولباسهم فيها حرير فوجب اطلاق القليل منه وهو العلم والقليل من لبسه وهو الافتراش ليكون نموذجا الى ذلك الكثير الكامل فاما الفضة فلا تكون لباسا فى الدار الآخرة وانما يكون منها الكرسى ونحوه فلو أطلقناه لصار عينها مطلقا وعين الشئ لا يصلح نموذجا (قوله والخز مسدى بالحرير) يريد به ان الخز اسم لثوب سداه حرير ولحمته صوف حيوان يكون فى الماء (قوله فكانت هى المعتبرة دون السدى) لما عرف ان العبرة فى الحكم لآخر وصفى العلة

توصله اليه وقوله (لا فصل فيما رويناه) يريد به قوله صلى الله عليه وسلم هذان حرامان على ذكور أمتى وقوله (والخز مسدى بالحرير) قيل هو اسم لثوب سداه حرير ولحمته صوف حيوان فى الماء وجملة وجوه هذه المسائل ثلاثة الاول ما يكون كله حريرا وهو الديباج لا يجوز لبسه فى غير الحرب بالاتفاق وأما فى الحرب فعند أبى حنيفة رحمه الله لا يجوز وعندهما يجوز وقدمر الوجه من الجانبين والثانى ما يكون سداه حريرا ولحمته غيره فلا باس بلبسه فى الحرب وغيره لان الحكم اذا تعلق بعلة ذات وصفين يضاف الى آخرهما وجودا والعلة كذلك والثالث عكس الثانى وهو مباح فى الحرب للضرورة وهو ايقاع الهيبة فى عين العدو لبريقه ودفع معرة السلاح ولا ضرورة فى غيره فيكون مكروها وقوله

وقال أبو يوسف أكره ثوب القز يكون بين الفرو والظهارة ولا أرى بحشو القز بأسا لان الثوب ملبوس والحشو غير ملبوس قال (وما كان لحمته حريرا وسداه غير حرير لا بأس به في الحرب) للضرورة (ويكره في غيره) لانعدامها والاعتبار للحمة على ما بينا

الحال فلا يوجد الايجاز المخل في الكلام الذي ذكره المصنف كما لا يخفى وكأن ذلك البعض لم يلاحظ ارتباط هذه المقدمة أعني قوله والمحظور لا يستباح الا لضرورة بالمقدمة السابقة عليها وهي قوله والضرورة اندفعت بالمخلوط ولا شك أن قوله والضرورة اندفعت بالمخلوط شروع في الجواب عن دليلهما العقلي وهو قولهما ولان فيه ضرورة الخ وقد اعترف به ذلك البعض في شرحه المقام ثم لا يذهب على الفطن أن الجواب عن ذلك لا يتم بمقدمة واحدة بقوله والمحظور لا يستباح الا لضرورة من تمام الجواب والمعنى أن المحظور الشرعي لا يستباح الا لضرورة والضرورة فيما نحن فيه قد اندفعت بالمخلوط الذي لحمته حرير وسداه غير ذلك فلا مجال لاستباحة الخالص منه فالمقدمة الثانية في تقرير المصنف مقدمة في المعنى الا أنه أخرها في الذكر لكون مساس المقدمة الاولى بدليلها العقلي أكثر وتأثيرها في الجواب عن ذلك الدليل أظهر فلا غبار في كلام المصنف ههنا أصلا تأمل ترشد (قوله وما رواه محمول على المخلوط) أقول فيه نظر لان ما رواه ترخيص النبي صلى الله عليه وسلم في لبس الحرير والديباج في الحرب والحمل على المخلوط ان صح في الحرير لا يصح في الديباج لان الديباج في اللغة والعرف ما كان كله حريرا قال في المغرب الديباج الذي سداه ولحمته ابريسم وقال الشراح جملة وجوه هذه المسئلة ثلاثة الاول ما يكون كله حريرا وهو الديباج لا يجوز لبسه في غير الحرب بالاتفاق وأما في الحرب فعند أبي حنيفة لا يجوز وعندهما يجوز والثاني ما يكون سداه حريرا ولحمته غيره فلا بأس بلبسه في الحرب وغيره والثالث عكس الثاني وهو مباح في الحرب دون غيره فقد صرحوا في كلامهم هذا بان الديباج ما كان كله حريرا فلا مجال للحمل على المخلوط في حقه (قوله ولان الثوب انما يصير ثوبا بالنسج والنسج باللحمة فكانت هي المعتبرة دون السدى) قال جمهور الشراح في تعليل هذا لان الحكم اذا تعلق بعلة ذات وصفين يضاف الحكم الى آخرهما واللحمة آخرهما اهـ وقال بعض المتأخرين وقد يقال لان الثوب لا يكون ثوبا الا بهما والشئ اذا تعلق وجوده بشيئين يضاف الى آخرهما وجودا أقول لا يخفى أن المصنف لم يعتبر في التعليل كون اللحمة آخر جزء من الثوب ولم يلتفت فيه الى المقدمة القائلة اذا تعلق وجود شئ بشيئين يضاف الى آخرهما وجودا فيكون كل مما ذكر دليلا مستقلا منقطعا عن الآخر يرشدك اليه قول الزيلعي لان الثوب لا يصير ثوبا الا بالنسج والنسج باللحمة فكانت هي المعتبرة أو نقول الثوب لا يكون ثوبا الا بهما فتكون العلة ذات وجهين فيعتبر آخرهما وهو اللحمة اهـ لكن لا يخفى عليك أن القول بان النسج يكون باللحمة وهم بل هو باللحمة والسدى معا فالتعويل على الدليل الثاني ولهذا عدل عنه صاحب الكافي وقال ولانه بالنسج يصير ثوبا وهو باللحمة والسدى فيضاف كونه ثوبا الى آخر الامرين وهو اللحمة وجعلت حكما في الاباحة ثم الفرق بين ما ذكره المصنف وبين ما نقلناه من الدليلين مع كونه ظاهرا خفي على بعض الشراح حيث علل الاول بالثاني الى هنا لفظ ذلك البعض أقول لم يصب ذلك في رأيه ههنا بل خرج عن سنن السداد اذ لا يخفى على ذي مسكة أن الدليل الذي ذكره المصنف لا يفيد المدعى بدون المصير الى المقدمة القائلة ان الحكم اذا تعلق بشيئين يضاف الى آخرهما لان النسج انما يحصل باللحمة والسدى معا لا باللحمة وحدها اذ النسج انما هو تركيب اللحمة بالسدى كما صرحوا به فلا يثبت كون الاعتبار باللحمة دون السدى الا بملاحظة تلك المقدمة فاذا لم يفد ما ذكره المصنف المدعى بدون المصير الى تلك المقدمة لم يبق احتمال أن يكون هذا دليلا مستقلا وتلك المقدمة دليلا آخر فلا جرم نبه جمهور

وقيل انما الاعتبار للسدى لانه يصير مستورا باللحمة وهذا التعليل منقول عن الشيخ أبي منصور رحمه الله وعلى هذا يكره لبس العتابي لان السدى لا يستر فيه باللحمة كذا في الايضاح وجامع المحبوبي قال أبو يوسف رحمه الله أكره ثوب القز يكون بين الفرو والظهارة ولا أرى بحشو القز بأسا لان الثوب اذا كان بين

(على ما بينا) اشارة الى قوله لان الثوب انما يصير ثوبا بالنسج والنسج باللحمة روى هشام عن محمد رحمه الله أنه ما كان يرى باللباس المرتفع جدا بأسا قال خرج رسول الله صلى الله عليه وسلم ذات يوم وعليه رداء قيمته ألف درهم وربما قام الى الصلاة وعليه رداء قيمته أربعة آلاف درهم وأبو حنيفة كان يرتدي برداء قيمته أربعمائة دينار وقد قال الله تعالى قل من حرم زينة الله التي أخرج لعباده

قال (ولايجوز للرجال التحلي بالذهب) لما روينا (ولا بالفضة) لانها في معناه (الا بالخاتم) والمنطقة وحلية السيف من الفضة) تحقيقا لمعنى النموذج والفضة أغنت عن الذهب اذ هما من جنس واحد كيف وقد جاء في اباحة ذلك آثار وفي الجامع الصغير ولا يتختم الا بالفضة وهذا نص على أن التختم بالحجر والحديد والصفر حرام ورأى رسول الله عليه السلام على رجل خاتم صفر فقال مالي أجد منك رائحة الاصنام ورأى على آخر

الشراح على كون تلك المقدمة معتبرة فيما ذكره المصنف بضمهم اياها اليه بطريق التعليل لقوله فكانت هي المعتبرة دون السدى وأصابوا فيما فعلوا حيث حملوا الدليل الذي ذكره المصنف على المعنى الصحيح التام مع تحمل كلامه اياه فان عدم اعتباره في التعليل كون اللحمة آخر جزء من الثوب ليس اعتبار العدمه وعدم التفاته فيه الى التصريح بتلك المقدمة يجوز أن يكون بناء على ظهور واعتبارها فيه واعتمادا على تقرره في كلمات المشايخ وليس في كلامه ما يمنعه فانه قال والنسج باللحمة بدون القصر عليها فكأنه قال وتمام النسج أو آخر النسج باللحمة والعجب من ذلك البعض أنه مع اعترافه ببطلان ماذكره المصنف بدون اعتبار حديث اضافة الحكم الى آخر الجزأين حيث قال لكن لا يخفى عليك أن القول بأن النسج يكون باللحمة وهم بل هو باللحمة والسدى معا جعل ماذكره المصنف دليلا مستقلا بدون المصير الى تلك المقدمة فاختار بطلان ماذكره المصنف في التعليل حينئذ وشنع على الشراح المصلحين كلامه بعدم الفرق بين ماذكره المصنف وغيره وما غره الا عبارة الزيلعي ولم ينظر أولم يلتفت الى ماوقع في كلام فحول المشايخ من جعل المجموع دليلا واحدا منهم صاحب البدائع فانه قال في تقرير الدليل المذكور ان الثوب يصير ثوبا باللحمة لانه انما يصير ثوبا بالنسج والنسج تركيب اللحمة بالسدى فكانت اللحمة كالوصف الاخير فيضاف الحكم اليه انتهى ومنهم صاحب المحيط فانه أيضا قال في تقرير ذلك لان الثوب انما يصير ثوبا بالنسج والنسج انما يتأتى باللحمة آخرهما فيضاف صيرورته ثوبا على اللحمة فاذا كانت اللحمة من الحرير كان الكل حريرا حكما انتهى ومنهم صاحب الكافي فانه أيضا جمع كما نقله ذلك البعض ثم انه يجوز أن يكون مراد الزيلعي بقوله أونقول الخ تقرير ذلك الدليل بعبارة أخرى من غير تعرض لقيد النسج لاذكر دليل آخر مستقل مغاير للاول في المعنى والمآل يرشد اليه أنه قال بعد ذلك ولان اللحمة هي التي تظهر في المنظر فتكون العبرة بما يظهر دون ما يخفى انتهى حيث أعاد حرف التعليل وهي اللام في هذا الدليل اشارة الى استقلاله ولو كان مراده بما ذكره بقوله أونقول الخ ايراد دليل آخر مستقل لاعاد اللام فيه أيضا فتبصر (قوله ولايجوز للرجال التحلي بالذهب لما روينا ولا بالفضة لانها في معناه) أقول للمانع أن يمنع كونه في معناه كيف وقد صرح فيما بعد بأنها أدنى منه حيث قال في تعليل حرمة التختم بالذهب على الرجال ولان الاصل فيه التحريم والاباحة ضرورة التختم أو النموذج وقد اندفعت بالادنى وهو الفضة ولا يخفى أن الادنى لا يكون في معنى الاعلى وتوضيحه أن مقصود المصنف بقوله لانها في معناه اثبات عدم جواز التحلي بالفضة للرجال بدلالة النص الوارد في حرمة الذهب على الرجال وهو قوله صلى الله عليه وسلم هذان حرامان على ذكور أمتي وقد تقرر في علم الاصول أن شرط دلالة النص أن يكون المسكوت عنه أولى من المنطوق في الحكم الثابت للمنطوق أو مساويا له فيه ولا يجوز أن يكون أدنى منه وليس الامر

الثوبين فهو ملبوس ولبس الحرير لايجوز للرجال فاما الحشو فليس بملبوس فلا يكره (قوله لما روينا) وهو قوله عليه السلام هذان محرمان على ذكور أمتي (قوله الا بالخاتم) هذا اذا لم يرد به التزين وذكر الامام المحبوبي وان تختم بالفضة قالوا ان قصد به التجبر يكره وان قصد به الختم ونحوه لا يكره (قوله وقد جاء في اباحة ذلك آثار) أي في اباحة التختم بخاتم الفضة آثار وهو ما روي انه كان لرسول الله صلى الله عليه وسلم خاتم فضة وفصه منه ونقشه محمد رسول الله محمد سطر ورسول سطر والله سطر وعن معاذ رضي الله عنه انه كان له خاتم من فضة ونقشه محمد رسول الله فقال له النبي صلى الله عليه وسلم مانقش خاتمك يا معاذ فقال محمد رسول الله فقال عليه السلام آمن كل شيء من معاذ حتى خاتمه ثم استوهبه النبي عليه السلام من معاذ فوهبه منه فكان في يده عليه السلام الى ان توفي ثم كان في يد أبي بكر رضي الله عنه الى ان توفي ثم كان في يد عمر رضي الله عنه

قال (ولايجوز للرجال التحلي بالذهب الخ) لايجوز للرجال التحلي بالذهب لما روينا من قوله صلى الله عليه وسلم هذان حرامان على ذكور أمتي ولا بالفضة لانه في معناه فان قيل قوله صلى الله عليه وسلم هذان حرامان على ذكور أمتي لكونه خبر الواحد لا يعارض قول الله تعالى قل من حرم زينة الله الآية ولا يقيده لان التقييد نسخ فالجواب أنه مشهور متفق عليه تلقته الامة بالقبول فجاز التقييد به وقوله (وقد جاء في اباحة ذلك آثار) هو ما روي أنه كان لرسول الله صلى الله عليه وسلم خاتم فضة فصه منه ونقشه محمد سطر ورسول سطر والله سطر وعن معاذ رضي الله عنه أنه كان له خاتم من فضة ونقشه محمد رسول الله فقال له النبي صلى الله عليه وسلم مانقش خاتمك يا معاذ فقال محمد رسول الله فقال عليه الصلاة والسلام آمن كل شيء من معاذ حتى خاتمه ثم استوهبه النبي صلى الله عليه وسلم من معاذ فوهبه منه فكان في يده صلى الله عليه وسلم الى ان توفي ثم كان في يد أبي بكر رضي الله عنه الى أن توفي ثم

خاتم حديد فقال مالى أرى عليك حلية أهل النار ومن الناس من أطلق الحجر الذى يقال له يشب لانه ليس بحجر اذ ليس له ثقل الحجر واطلاق الجواب فى الكتاب يدل على تحريمه (والتختم بالذهب على الرجال حرام) لما روينا وعن على رضى الله عنه أن النبى عليه السلام نهى عن التختم بالذهب ولان الاصل فيه التحريم والاباحة ضرورة الختم أو النموذج وقد اندفعت بالادنى وهو الفضة والحلقة هى المعتبرة لان قوام الخاتم بها ولا معتبر بالفص حتى يجوز أن يكون من حجر ويجعل الفص الى باطن كفه بخلاف النسوان لانه تزين فى حقهن وانما يتختم القاضى والسلطان لحاجته الى الختم وأما غيرهما فالافضل أن يتركه لعدم الحاجة اليه قال (ولا

فى الفضة كذلك لما عرفت (قوله ومن الناس من أطلق فى الحجر الذى يقال له يشب لانه ليس بحجر اذ ليس له ثقل الحجر) أقول الاستدلال على عدم حرمة التختم باليشب بانه ليس بحجر مما لا حاصل له لان ما ليس بحجر قد يكون مما يحرم التختم به بلا خلاف كالحديد والصفر ولم يرد نص فى حرمة التختم بالحجر كوروده فى الذهب والحديد والصفر حتى يكون المقصود من نفى كونه حجرا هو الاحتراز عن كونه مورد نص الحرمة بل ورد النص فى جواز التختم ببعض الاحجار كالعقيق فانه روى أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يتختم بالعقيق وقال تختموا بالعقيق فانه مبارك كما ذكر فى الكافى وغيره فكان التشبث بكونه حجرا أظهر نفعا فى اثبات مدعى من قال بعدم حرمة التختم به من نفى كونه حجرا وعن هذا قال الامام قاضيخان فى شرح الجامع الصغير وفى فتاواه ظاهر لفظ الكتاب يقتضى كراهة التختم بالحجر الذى يقال له يشب والصحيح أنه لا بأس به لانه ليس بذهب ولا حديد ولا صفر بل هو حجر وقد روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه تختم بالعقيق انتهى كلامه (قوله والتختم بالذهب على الرجال حرام) قال بعض المتأخرين هذا تصريح بما علم من قوله الا بالخاتم الا أنه ذكره توطئة لما فعله من دلائله انتهى أقول ليس ذلك بسديد لان معنى قوله الا بالخاتم الا أنه يجوز للرجال التحلى بالخاتم لانه استثناء من قوله ولا يجوز للرجال التحلى بالذهب ولا بالفضة والاستثناء من النفى اثبات بلا ريب وما ذكره ههنا حرمة التختم بالذهب على الرجال فكيف يكون هذا تصريحا بما علم من قوله الا بالخاتم والتخالف بين نفى جواز الشئ واثباته ضرورى ولو قال هذا تصريح بما فهم من قوله من الفضة فى قوله الا بالخاتم

الى ان توفى ثم كان فى يد عثمان رضى الله عنه حتى وقع من يده فى البئر فانفق مالا عظيما فى طلبه ولم يجده ووقع الخلاف والتشويش بينهم من حين وقع الخاتم فى البئر ومنها ما روى ان نعمان بن بشير دخل على النبى عليه السلام وعليه خاتم ذهب فقال مالك تختمت بخاتم أهل الجنة قبل ان تدخلها فقد حذره عليه السلام الدخول تحت قوله تعالى أذهبتم طيباتكم فى حياتكم الدنيا فنزع ذلك ودخل وعليه خاتم حديد فقال مالى أرى عليك حلية أهل النار فنزعه ثم دخل ومعه خاتم صفر فقال عليه السلام انى لاجد منك ريح الاصنام فقال بم اختم يا رسول الله فقال بالفضة ولا تزده على مثقال واجعله فى يمينك ثم صار الافضل جعله فى اليسار لان ذلك صار من علامة أهل البغى ويجعل الفص الى باطن كفه هكذا روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم بخلاف النساء لانهن يلبسن للتزيين وقال بعض الناس لا بأس بالتختم بالذهب لما روى البراء بن عازب انه لبس خاتم ذهب وقال كسانيه رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال البس ما كساك الله ورسوله ولان النهى عن استعمال الفضة والذهب سواء فلما حل التحلى بالفضة لقلته ولكونه نموذجا وجعل كالعلم فى الثوب فكذا فى الآخر ولنا ما روى عن على وابن مسعود وأبى هريرة رضى الله عنهم أنه عليه السلام نهى عن ذلك ولان الاصل هو التحريم والاباحة ضرورة الختم والنموذج وقد زالت بالفضة لانهما من جنس واحد فبقى الذهب على حكم التحريم وما رواه منسوخ أو تأويله ان يكون فصه مركبة بالذهب أو مذهبا وانما العبرة بالحلقة فانها يكون النسبة فى الحكم والشرع يعتبر قوام الخاتم بها ولا معتبر بالفص حتى يجوز ان يكون من حجر (قوله ومن الناس من أطلق الحجر الذى يقال له يشب) واليه مال شمس الائمة السرخسى رحمه الله فانه قال والاصح أنه لا بأس به كالعقيق فانه عليه السلام تختم به وقال تختموا بالعقيق فانه مبارك ولانه ليس بحجر اذ ليس له ثقل الحجر ولنا انه يتخذ منه الاصنام فاشبه الصفر وهو منصوص (قوله واطلاق الجواب فى الكتاب

كان فى يد عمر رضى الله عنه الى أن توفى ثم كان فى يد عثمان رضى الله عنه حتى وقع من يده فى البئر فانفق مالا عظيما فى طلبه فلم يجده فوقع الخلاف والتشويش بينهم بعد ذلك وأتى بلفظ الجامع الصغير لاداء الحصر فيه (ومن الناس من أطلق) منهم شمس الائمة السرخسى رحمه الله فقال الاصح انه لا بأس به كالعقيق فانه مبارك تختم به النبى صلى الله عليه وسلم ولانه ليس بحجر اذ ليس له ثقل الحجر واطلاق جواب الكتاب يعنى الجامع الصغير يدل على تحريمه ولانه يتخذ منه الاصنام فاشبه الصفر الذى هو المنصوص عليه وقوله (لما روينا) اشارة الى قوله هذان حرامان ومن الناس من جوز التختم بالذهب لما روى عن البراء بن عازب رضى الله عنه أنه لبس خاتم ذهب وقال كسانيه رسول الله صلى الله عليه وسلم ولان النهى عن استعمال الذهب والفضة سواء فلما حل التختم بالفضة لقلته ولكونه نموذجا وجعل كالعلم فى الثوب فكذا فى الآخر والجواب انه منسوخ بحديث ابن عمر رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن ذلك وروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم اتخذ خاتما من ذهب فاتخذ الناس خواتيم ذهب فرماه رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال لا ألبسه أبدا فرماه الناس وقوله (ويجعل الفص الى باطن كفه)

باس

أى لانه روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم هكذا وقوله (وعن أبى يوسف رحمه الله مثل قول كل منهما) يعنى اختلف المشايخ فى قول أبى يوسف فمنهم من ذكر قوله مع أبى حنيفة رحمه الله هكذا ذكره الكرخى رحمه الله وذكر فى الامالى مع قول محمد رحمه الله والكلاب بضم الكاف وتخفيف اللام اسم ماء كانت عنده وقعة لهم وقوله (وهو الصحيح) لان عامة المسلمين استعملوه هكذا فى عامة البلدان لدفع الاذى عن الثياب النفيسه ومارآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن وقد جاء فى الحديث أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يمسح وضوءه بالخرقة فى بعض الاوقات فلم يكن بدعة وحاصله أن كل ما فعل على وجه التجبر فهو مكروه بدعة وما فعل لحاجة وضرورة لا يكره وهو نظير التربع فى الجلوس والاتكاء ومعنى قول الشاعر ان الرجل اذا خرج فى سفر عمد الى شجر يقال له رتم فشد بعض أغصانه ببعض فاذا رجع وأصابه على تلك الحالة قال لم تخنى امرأتى وان أصابه وقد انحل قال خانتنى هكذا المروى عن الثقات الا أن الليث ذكر الرتم بمعنى الرتيمة وهى خيط التذكرة يعقد بالاصبع وكذلك الرتمة قال الشاعر

اذا لم تكن حاجاتنا فى نفوسكم * فليس بمغن عنك عقد الرتائم

والتعاقد مصدر بمعنى العقد للمبالغة على وزن التفعال كالتهذار والتلعاب بمعنى الهذر واللعب والله أعلم

(فصل فى الوطء والنظر واللمس) مسائل النظر أربع نظر الرجل الى المرأة ونظرها اليه ونظر الرجل الى الرجل ونظر المرأة الى المرأة والاولى على اربعة اقسام نظره الى الاجنبية الحرة ونظره الى من يحل له من الزوجة والامة ونظره الى ذوات محارمه ونظره الى أمة الغير قال (ولا يجوز أن ينظر الرجل الى الاجنبية الخ) القياس أن لا يجوز نظر الرجل الى الاجنبية من قرنها الى قدمها اليه اشار قوله صلى الله عليه وسلم المرأة عورة مستورة ثم أبيح النظر الى بعض المواضع وهو ما استثناه فى الكتاب بقوله (الا وجهها وكفيها) للحاجة والضرورة وكان ذلك استحسانا لكونه أرفق بالناس قال الله تعالى ولا يبدين زينتهن الا ما ظهر منها وفسر ذلك على وابن عباس رضى الله عنهم

باس بمسمار الذهب يجعل فى حجر الفص) أى فى ثقبه لانه تابع كالعلم فى الثوب فلا يعد لابسا له قال (ولا تشد الاسنان بالذهب وتشد بالفضة) وهذا عند أبى حنيفة وقال محمد لا بأس بالذهب أيضا وعن أبى يوسف مثل قول كل منهما لهما أن عرفجة بن أسعد الكنانى أصيب أنفه يوم الكلاب فاتخذ أنفا من فضة فأنتن فأمره النبى عليه السلام بان يتخذ أنفا من ذهب ولابى حنيفة أن الاصل فيه التحريم والاباحة للضرورة وقد اندفعت بالفضة وهى الادنى فبقى الذهب على التحريم والضرورة فيما روى لم تندفع فى الانف دونه حيث أنتن قال (ويكره أن يلبس الذكور من الصبيان الذهب والحرير) لان التحريم لما ثبت فى حق الذكور وحرم اللبس حرم الالباس كالخمر لما حرم شربها حرم سقيها قال (وتكره الخرقة التى تحمل فيمسح بها العرق) لانه نوع تجبر وتكبر (وكذا التى يمسح بها الوضوء أو يمتخط بها) وقيل اذا كان عن حاجة لا يكره وهو الصحيح وانما يكره اذا كان عن تكبر وتجبر وصار كالتربع فى الجلوس (ولا بأس بان يربط الرجل فى أصبعه أو خاتمه الخيط للحاجة) ويسمى ذلك الرتم والرتيمة وكان ذلك من عادة العرب قال قائلهم

لا ينفعنك اليوم ان همت بهم * كثرة ما توصى وتعقاد الرتم

وقد روى أن النبى عليه السلام أمر بعض أصحابه بذلك ولانه ليس بعبث لما فيه من الغرض الصحيح وهو التذكر عند النسيان

(فصل) فى الوطء والنظر واللمس قال (ولا يجوز أن ينظر الرجل الى الاجنبية الا وجهها وكفيها لقوله

والمنطقة وحلية السيف من الفضة على القول بان مفهوم المخالفة معتبر فى الروايات بالاتفاق لكان له وجه تامل

(فصل فى الوطء والنظر واللمس) لا يذهب على الناظر فى المسائل المذكورة فى هذا الفصل أن ما يتعلق

يدل على تحريمه) وهو قوله وفى الجامع الصغير ولا يختم الا بالفضة (قوله يوم الكلاب) هو بالضم والتخفيف اسم ماء كانت عنده وقعة (قوله لم تندفع فى الانف دونه) أى دون الذهب أى لم تندفع الضرورة فى الانف بدون اتخاذه من الذهب (قوله ويسمى ذلك الرتم والرتيمة) فى المغرب الرتمة خيط التذكر يعقد بالاصبع وكذا الرتيمة وارتمت الرجل ارتاما وارتتم هو نفسه قال اذا لم تكن حاجاتنا فى نفوسكم * فليس بمغن عنك عقد الرتائم والرتم ضرب من الشجر وأنشد ابن السكيت

هل ينفعنك اليوم ان همت بهم * كثرة ما توصى وتعقاد الرتم

وقال معناه ان الرجل كان اذا خرج فى السفر عمد الى هذا الشجر فشد بعض أغصانه ببعض فاذا رجع وأصابه على تلك الحال لم تخنى امرأتى وان أصابه وقد انحل خانتنى وهو المشهور والمروى عن الثقات الا أن أبا الليث ذكر الرتم بمعنى الرتيمة وأبو زيد ذكر الرتم فى معناها وأنشد هذا البيت استشهادا به للخيط وكأنه جعله جمعا لها والله أعلم بالصواب

(فصل فى الوطء والنظر واللمس) اعلم ان مسائل النظر أربعة أقسام نظر الرجل الى الرجل والمرأة

(قال المصنف ولا بأس بان يربط الرجل فى أصبعه أو خاتمه الخيط للحاجة ويسمى ذلك الرتم والرتيمة) أقول قال العلامة الزيلعى الرتيمة قد تشتبه بالتميمة على بعض الناس وهى خيط كان يربط فى العنق أو فى اليد فى الجاهلية لدفع المضرة عن أنفسهم على زعمهم وهو منهى عنه وذكر فى حدود الايمان أنه كفر انتهى *(فصل فى الوطء والنظر واللمس)* (قوله والاولى على أربعة أقسام نظره الى الاجنبية الحرة) أقول الاولى أن يقول الى من لا يحل من الاجنبية الحرة (قوله قال الله تعالى ولا يبدين زينتهن الا ما ظهر منها وفسر ذلك) أقول يعنى فسر قوله تعالى ما ظهر

تعالى ولا يبدين زينتهن الا ما ظهر منها قال علي وابن عباس رضي الله عنهما ما ظهر منها الكحل والخاتم والمراد موضعهما وهو الوجه والكف كما أن المراد بالزينة المذكورة موضعها ولان في ابداء الوجه والكف ضرورة لحاجتها الى المعاملة مع الرجال أخذا واعطاء وغير ذلك وهذا تنصيص على أنه لا يباح النظر الى قدمها وعن أبي حنيفة أنه يباح لان فيه بعض الضرورة وعن أبي يوسف أنه يباح النظر الى ذراعها أيضا لانه قد يبدو منها عادة قال (فان كان لا يأمن الشهوة لا ينظر الى وجهها الا لحاجة) لقوله عليه السلام من نظر الى محاسن امرأة أجنبية عن شهوة صب في عينيه الآنك يوم القيامة فاذا خاف الشهوة لم ينظر من غير حاجة تحرزا عن المحرم وقوله لا يأمن يدل على أنه لا يباح اذا شك في الاشتهاء كما اذا علم أو كان أكبر رأيه ذلك (ولا يحل له أن يمس وجهها ولا كفيها وان كان يأمن الشهوة) لقيام المحرم وانعدام الضرورة والبلوى بخلاف النظر لان فيه بلوى والمحرم قوله عليه السلام

بالكحل والخاتم والمراد موضعهما وقوله (ولان في ابداء الوجه والكف ضرورة) دليل معقول وهو ظاهر والآنك الرصاص وقوله (فاذا خاف الشهوة لم ينظر من غير حاجة) لقوله صلى الله عليه وسلم لعلي رضي الله عنه لا تتبع النظرة النظرة فان الاولى لك والثانية عليك يعني بالثانية أن يبصرها عن شهوة

منها بالوطء انما هي مسئلة جواز العزل عن أمته بغير اذنها وعدم جواز ذلك في الحرة الا باذنها وأن تلك المسئلة مع كون المقصود منها بيان محل جواز العزل وغير محله لا بيان حال الوطء نفسه قد ذكرت في آخر هذا الفصل فالمناسب أن يؤخذ ذكر الوطء في عنوان الفصل أيضا. قال فصل في النظر والمس والوطء على ترتيب ذكر المسائل الآتية كما وقع في الكافي والانسب من ذلك أن يبدل الوطء بالعزل في التعبير بعد التأخير ليحصل تمام الموافقة بين عنوان الفصل ومسائله ثم ان مسائل النظر أربعة أقسام نظر الرجل الى المرأة ونظر المرأة الى الرجل ونظر الرجل الى الرجل ونظر المرأة الى المرأة والقسم الاول منها على أربعة أقسام أيضا نظر الرجل الى الاجنبية الحرة ونظره الى من يحل له من الزوجة والامة ونظره الى ذوات محارمه ونظره الى أمة الغير فبدأ في الكتاب بأول الاقسام من القسم الاول كما ترى (قوله قال علي وابن عباس رضي الله عنهما ما ظهر منها الكحل والخاتم والمراد موضعهما وهو الوجه والكف) أقول الظاهر أن المقصود من نقل قول علي وابن عباس ههنا انما هو الاستدلال على جواز أن ينظر الرجل الى وجه الاجنبية وكفيها بقولهما في تفسير قوله تعالى الا ما ظهر منها فان في تفسيره أقوالا من الصحابة لا يدل على المدعى ههنا شيء منها سوى قولهما لكن دلالة قولهما على ذلك غير واضح أيضا اذ الظاهر أن موضع الكحل هو العين لا الوجه كله وكذا موضع الخاتم هو الاصبع لا الكف كله والمدعى جواز النظر الى وجه الاجنبية كله والى كفيها بالكلية فالاولى في الاستدلال على ذلك هو المصير الى ما جاء من الاخبار في الرخصة في النظر الى وجهها وكفيها منها ما روي أن امرأة عرضت نفسها على رسول الله صلى الله عليه وسلم فنظر الى وجهها ولم ير فيها رغبة ومنها ما روي أن أسماء بنت أبي بكر دخلت على رسول الله صلى الله عليه وسلم وعليها ثياب رقاق فأعرض عنها رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال يا أسماء ان المرأة اذا بلغت المحيض لم يصلح أن يرى منها الا هذا وهذا أشار الى وجهه وكفيه ومنها ما روي أن فاطمة رضي

(قال المصنف فاذا خاف الشهوة لم ينظر الخ) أقول تتميم للحديث فان الحديث انما دل على تحريم النظر عند تحقق الشهوة ولم يكن المدعى ذلك بل تحريمه عند عدم الامن هنا وشتان ما بينهما فضم ذلك اليه ليتم التقريب

الى المرأة والمرأة الى الرجل والرجل الى الرجل والمرأة الى المرأة أما نظر الرجل الى المرأة فأربعة فصول نظر الرجل الى الحرة وجنسه ومملوكته والى ذوات محارمه والى اماء الغير والى الحرة الاجنبية ولا يجوز أن ينظر الرجل الى الحرة الاجنبية الا الى وجهها وكفيها لقوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا ما ظهر منها قال علي وابن عباس رضي الله عنهم ما ظهر منها الكحل والخاتم أي موضعهما وهو الوجه والكف وكذا المراد بالزينة المذكورة موضعها اطلاقا لاسم الحال على المحل فيها وقالت عائشة رضي الله عنها المراد من قوله تعالى الا ما ظهر منها الحدي عينها وقال ابن مسعود رضي الله عنه المراد منه خفها وملابسها واستدل ابن مسعود رضي الله عنه بقوله عليه السلام والنساء حبائل الشيطان بهن يصيد الرجال وقال ما تركت بعدي فتنة أضر على الرجال من النساء وروي في مجلسه عليه السلام يوما ما خير ما للرجال من النساء وما خير ما للنساء من الرجال فلما رجع علي الى بيته أخبر فاطمة رضي الله عنها فقالت خير ما للرجال من النساء ان لا يرونهن وخير ما للنساء من الرجال ان لا يرينهم فلما سمع أخبر رسول الله صلى الله عليه وسلم بذلك قال هي بضعة مني فدل انه لا يباح النظر الى شيء من بدنها ولان حرمة النظر لخوف الفتنة وعامة محاسنها في وجهها فخوف الفتنة في النظر الى وجهها أكثر منه الى سائر الاعضاء

من مس كف امرأة ليس منها بسبيل وضع على كفه جمرة يوم القيامة وهذا اذا كانت شابة تشتهى أما اذا كانت عجوزا لا تشتهى فلا بأس بمصافحتها ومس يدها لانعدام خوف الفتنة وقد روى أن أبا بكر رضى الله عنه كان يدخل بعض القبائل التى كان مسترضعا فيهم وكان يصافح العجائز وعبد الله بن الزبير رضى الله عنه استأجر عجوزا لتمرضه وكانت تغمز رجليه وتفلى رأسه وكذا اذا كان شيخا يأمن على نفسه وعليها لما قلنا

الله عنه الماناوات أحدا بنيها بلالا أو أنسا قال رأيت كفها كأنها فلقة قمر أى قطعته فدل على أنه لا بأس بالنظر الى وجه المرأة وكفها (قوله وهذا اذا كانت شابة تشتهى أما اذا كانت عجوزا لا تشتهى فلا بأس بمصافحتها ومس يدها لانعدام خوف الفتنة) قال بعض المتأخرين يريد أن حرمة مس الوجه والكف تختص بما اذا كانت شابة أما اذا كانت عجوزا لا تشتهى فلا بأس بمسهما انتهى أقول ليس هذا بشرح صحيح اذ لم يذكر فى هذا الكتاب ولا فى غيره من كتب الفقه عدم البأس بمس وجه المرأة الاجنبية وان كانت عجوزا وانما المذكور هنا وفى سائر الكتب عدم البأس بمس كفها اذا كانت عجوزا والاصل فيه ما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يصافح العجائز فى البيعة ولا يصافح الشواب كذا ذكر فى المحيط وغيره وما روى عن أبى بكر وعبد الله بن الزبير كما ذكر فى الكتاب نعم ظاهر الدليل العقلى وهو قوله لانعدام خوف الفتنة لا يأبى عن التعميم لكن لا مجال لاختراع مسئلة بمجرد ذلك بدون أن تذكر فى الكتب نقلا عن الائمة والمشايخ ثم ان تاج الشريعة اعترض على قوله لانعدام خوف الفتنة وأجاب حيث قال فان قلت هذا تعليل فى مقابلة النص وهو ما ذكر فى الكتاب من مس كف امرأة ليس منها بسبيل وضع على كفه جمرة يوم القيامة قلت المراد امرأة تدعو النفس الى مسها أما اذا نهربت العين من رؤيتها وانزوى الخاطر من لقائها فلا انتهى كلامه واقتفى أثره صاحب الكفاية أقول يرد الاعتراض المذكور على قول المصنف فيما بعد وكذا اذا كان شيخا يأمن على نفسه وعليها لما قلنا فان قوله لما قلنا اشارة الى قوله لانعدام خوف الفتنة كما لا يخفى وقد صرح به بعض الشراح ولا يمشى الجواب المزبور هنالك اذ الظاهر أن تلك المسئلة فيما اذا كانت شابة تشتهى يدل على ذلك عطفها على قوله اذا كانت عجوزا لا تشتهى ولا شك أن الشابة المشتهاة ممن تدعو النفس الى مسها فكانت داخلة تحت النص المذكور فلا محالة يكون التعليل بقوله لما قلنا تعليلا فى مقابلة النص وهو لا يجوز كما عرف فى علم الاصول فان قلت تلك المسئلة مقيدة بأن يأمن على نفسه وعليها فلا تتحقق دعوتها النفس الى مسها فى تلك الصورة قلت ان لم تتحقق دعوتها النفس الى مسها بالفعل فى تلك الصورة فمن شأنها ذلك فى كل حال والظاهر أن مراده بالمرأة المذكورة فى النص المزبور هى المرأة الصالحة لان تدعو النفس الى مسها لا التى تحققت فيها دعوتها اليه بالفعل والا لزم أن لا يثبت حرمة مس الرجل الشاب المرأة الاجنبية الشابة اذا أمن على نفسه وعليها تأمل تقف (قوله وكذا اذا كان شيخا يأمن على نفسه وعليها) قال بعض المتأخرين اشتراط أمنه عليها محل تأمل لعدم كون ذلك فى وسعه لعدم الوقوف عليه اه أقول يمكن الوقوف عليه بالقرائن الحالية أو بالتجربة فى نظائرها فجاز اشتراط أمنه عليها أيضا بناء على ذلك

وبنحو هذا تستدل عائشة رضى الله عنها ولكنها تقول هى لا تجد بدا من ان تمشى فى الطريق ولا بد من أن تفتح احدى عينيها لتبصر الطريق فيجوز لها ان تكشف احدى عينيها لهذه الضرورة والثابت بالضرورة لا تعدو موضع الضرورة ولكننا نأخذ بقول على وابن عباس رضى الله عنهم فقد جاءت الاخبار فى الرخصة فى النظر الى وجهها وكفها من ذلك ما روى ان امرأة عرضت نفسها على رسول الله صلى الله عليه وسلم فنظر الى وجهها فلم يرفيها رغبة ولما قال عمر رضى الله عنه فى خطبته الا لا تغالوا فى صدقة النساء فانها لو كانت مكرمة أو تقوى عند الله كان أولاكم بها رسول الله صلى الله عليه وسلم فوالله ما خطب رسول الله صلى الله عليه وسلم ابنته أكثر من أربعمائة أوقية ونش فقامت سفعاء الخدين وقالت أنت تقوله برأيك أم سمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم فانا نجد فى كتاب الله تعالى بخلاف ما تقول قال الله تعالى وآتيتم احداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا فبكى عمر رضى الله عنه فقال كل الناس أفقه من عمر حتى النساء فى البيوت فذكر الراوى انها كانت سفعاء

فان كان لا يأمن عليها لا تحل مصافحتها لما فيه من التعريض للفتنة والصغيرة اذا كانت لا تشتهى يباح مسها والنظر اليها لعدم خوف الفتنة قال (ويجوز للقاضى اذا أراد أن يحكم عليها وللشاهد اذا أراد أداء الشهادة عليها النظر الى وجهها وان خاف أن يشتهى) للحاجة الى احياء حقوق الناس بواسطة القضاء وأداء الشهادة ولكن ينبغى أن يقصد به أداء الشهادة أو الحكم عليها لا قضاء الشهوة تحرزا عما يمكنه التحرز عنه وهو قصد القبيح وأما النظر لتحمل الشهادة اذا اشتهى قيل يباح والاصح أنه لا يباح لانه يوجد من لا يشتهى فلا ضرورة بخلاف حالة الاداء (ومن أراد أن يتزوج امرأة فلا بأس بأن ينظر اليها وان علم أنه يشتهيها) لقوله عليه السلام فيه أبصرها فانه أحرى أن يؤدم بينكما ولان مقصوده اقامة السنة لا قضاء الشهوة (ويجوز للطبيب أن ينظر الى موضع المرض منها) للضرورة (وينبغى أن يعلم امرأة مداواتها) لان نظر الجنس الى الجنس أسهل (فان لم يقدروا يستر كل عضو منها سوى موضع المرض) ثم ينظر ويغض بصره ما استطاع لان ما ثبت بالضرورة يتقدر بقدرها وصار كنظر الخافضة والختان (وكذا يجوز للرجل النظر الى موضع الاحتقان

(قوله فان كان لا يامن عليها لا تحل مصافحتها) قال بعض المتأخرين تخصيص عدم أمنه بكونه عليها غير ظاهر أيضا فان جعلنا الضمير فى عليها للنفس يلزم التخصيص من وجه آخر انتهى أقول الضمير فى عليها للمرأة ووجه تخصيص عدم الامن عليها بالذكر ظاهر وهو حصول العلم بحكم عدم الامن على نفسه دلالة من بيان حكم عدم الامن عليها عبارة فانه اذا لم تحل مصافحتها عند عدم الامن عليها لما فيه من تعريض الغير للفتنة فلان لا تحل مصافحتها عند عدم الامن على نفسه أولى لما فيه من المباشرة للفتنة بنفسه (قوله ويجوز للقاضى اذا أراد أن يحكم عليها وللشاهد اذا أراد الشهادة عليها النظر الى وجهها وان خاف أن يشتهى للحاجة الى احياء حقوق الناس بواسطة القضاء وأداء الشهادة) قال بعض المتأخرين وقد ينور ذلك باباحة النظر الى العورة الغليظة عند الزنا لاقامة الشهادة عليه ثم قال خطر ببالى ههنا اشكال وهو أن شهود الزنا كما صرحوا فى الكتب بين حسبتين اقامة الحد والتحرز عن الهتك والستر أفضل لقوله صلى الله عليه وسلم للذى شهد به عنده لو سترته بثوبك لكان خيرا لك وليس فى الحدود حقوق الناس الا فى السرقة ولهذا يجب أن يشهد بالمال فيقول أخذ احياء لحق المسروق منه ولا يقول سرق محافظة على الستر فلم يكن ما ذكر من التنوير فى شئ أصلا لانعدام الحاجة وانتفاء الضرورة فى الشهادة بالزنا ثم دفعته بما ذكره بعض شراح الهداية فى كتاب الحدود من أن هذا

الخدين وفى هذا انها كانت مسفرة عن وجهها ولما ناولت فاطمة رضى الله عنها أحد ولديها بلالا أو أنسا قال رأيت كفها فلقة قمر فدل انه لا باس بالنظر الى الوجه والكف وأما خوف الفتنة فيكون بالنظر الى ثيابها أيضا وأما اذا كانت عجوزة لا تشتهى فلا باس بمصافحتها ومس يدها لانعدام خوف الفتنة فان قيل هذا تعليل فى مقابلة النص وهو ما ذكر فى الكتاب من مس كف امرأة ليس منها بسبيل وضع على كفه جمرة يوم القيامة قيل المراد امرأة تدعو النفس الى مسها دل عليه ما روى عن أبى بكر وعبد الله بن الزبير رضى الله عنهم الصغيرة اذا كانت لا تشتهى يباح مسها والنظر اليها لانه ليس لبدنها حكم العورة ولا فى النظر والمس خوف الفتنة (قوله تحرزا عما يمكنه التحرز عنه) لانه ان لم يمكنه التحرز فعلا فقد أمكنه التحرز منه قلبا قصدا كمسئلة التترس بصبيان المسلمين (قوله بخلاف حالة الاداء) فقد التزم هذه الامانة بالتحمل وهو متعين لادائها (قوله أبصرها) قال عليه السلام للمغيرة بن شعبة لما أراد ان يتزوج امرأة أبصرها فانه أى الابصار أحرى ان يؤدم بينكما أى أولى بالاصلاح وايقاع الالفة والوفاق بينكما هكذا رواية المبسوط وأما رواية الفائق فان النبى عليه السلام قال للمغيرة بن شعبة خطب امرأة لو نظرت اليها فانه أحرى ان يؤدم بينكما الادم والايدام الاصلاح والتوفيق من أدم الطعام وهو اصلاحه بالادام وجعله موافقا للطاعم (قوله كنظر الخافضة والختان) يعنى انهما ينظران الى العورة لاجل الضرورة لان الختان سنة وهو من جملة الفطرة فى حق الرجال لا يمكن تركها

وقوله صلى الله عليه وسلم أبصرها فانه أحرى أن يؤدم بينكما أى يوفق قاله للمغيرة بن شعبة رضى الله عنه لما أراد أن يتزوج امرأة (والخافضة للجارية كالختان للغلام) يعنى أن الخافضة والختان ينظران الى العورة لاجل الضرورة لان الختان سنة فى حق الرجال مكرمة فى حق النساء فلا يترك ويجوز للرجل أن ينظر الى موضع الاحتقان لانه مداوا يجوز للمرض والهزال الفاحش لكونه نوع مرض على ما روى عن أبى يوسف رحمه الله واذا جاز الاحتقان جاز للحاقن النظر الى موضعه

(قال المصنف والصغيرة اذا كانت لا تشتهى يباح مسها) أقول وحاصله أنه يشترط لجواز المس أن يكونا كبيرين مأمونين فى رواية وفى رواية يكتفى بان يكون أحدهما كبيرا مأمونا لان أحدهما اذا كان لا يشتهى لا يكون المس سببا للوقوع فى الفتنة كالصغيرة ووجه الاولى أن الشاب اذا كان لا يشتهى أن يمس العجوز فالعجوز تشتهى أن تمس الشاب لانها علمت بملاذ الجماع فيؤدى الى الاشتهاء من أحد الجانبين وهو حرام بخلاف ما اذا كان أحدهما صغيرا لانه لا يؤدى الى الاشتهاء من أحد الجانبين لان الكبير كما لا يشتهى أن يمس الصغير لا يشتهى الصغير أيضا أن يمسه لعدم العلم كذا فى شرح الزيلعى وأنت خبير بأنه يجىء مما يخالفه ظاهرا فى الكتاب فى وجه الفرق فيما ذكر فى كتاب الخنثى من الاصل (قال المصنف وأما النظر لتحمل الشهادة اذا اشتهى قيل يباح) أقول لعل المراد اذا خاف الاشتهاء

من

من الرجل) لانه مداواة و يجوز للمرض وكذا الهزال الفاحش على ما روى عن أبى يوسف لانه أمارة المرض قال (و ينظر الرجل من الرجل الى جميع بدنه الا ما بين سرته الى ركبته) لقوله عليه السلام عورة الرجل ما بين سرته الى ركبته و يروى ما دون سرته حتى يجاوز ركبتيه و بهذا ثبت أن السرة ليست بعورة خلافا لما يقوله أبو عصمة والشافعى رحمهما الله والركبة عورة خلافا لما قاله الشافعى والفخذ عورة خلافا لاصحاب الظواهر وما دون السرة الى منبت الشعر عورة خلافا لما يقوله الامام أبو بكر محمد بن الفضل الكمارى معتمدا فيه العادة لانه لا معتبر بها مع النص بخلافه وقد روى أبو هريرة رضى الله عنه عن النبى عليه السلام أنه قال الركبة من العورة

يعنى كون الستر أفضل يجب أن يكون بالنسبة الى من لم يعتد الزنا ولم يتهتك به وأما اذا وصل الحال الى اشاعته والتهتك به بل بعضهم ربما افتخر به فيجب كون الشهادة به أولى من تركها لان مطلوب الشارع اخلاء الارض من الفواحش وذلك يتحقق بالتوبة و بالزجر فاذا ظهر الشره فى الزنا مثلا وعدم المبالاة به باشاعته فاخلاء الارض بالتوبة احتمال يقابله ظهور عدمها فيجب تحقيق السبب الآخر للاخلاء وهو الحد بخلاف من زل مرة أو مرارا مستترا متخوفا متندما عليه فانه محل استحباب ستر الشاهد انتهى أقول ما ذكره بعض شراح الهداية فى كتاب الحدود لا يدفع الاشكال الذى خطر ببال ذلك القائل الا فى مادة جزئية وهى ما اذا وصل الحال الى اشاعة الفاحشة والتهتك بها الا فيما سواها فان الستر فيه أفضل بلا شبهة مع أن النظر الى العورة الغليظة عند الزنا لاقامة الشهادة عليه مباح هناك أيضا فكفى بذلك اشكالا فلم يتم قوله ثم دفعته بما ذكره بعض شراح الهداية فى كتاب الحدود ثم أقول فى دفع ذلك الاشكال بالكلية ان الحاجة الى النظر الى العورة الغليظة عند الزنا والضرورة متحققتان فى الشهادة بالزنا مطلقا فى تحصيل احدى الحسبتين وهى اقامة الحد باقامة الشهادة على الزنا اذ لا يتيسر اقامة الشهادة عليه بدون النظر الى العورة الغليظة عند الزنا وان لم تتحقق الحاجة اليه ولا الضرورة فى تحصيل الحسبة الاخرى وهى التحرز عن التهتك فمن أراد أن ينال الحسبة الاولى يحتاج و يضطر الى النظر اليها فيباح له النظر اليها اذ ذاك اذ يكفى فى اباحة ذلك الحاجة اليه والضرورة بالنسبة الى تحصيل خصوص الحسبة ولا يتوقف اباحته على الحاجة اليه والضرورة المطلقتين أى من كل وجه ولا على أن لا يكون فوق تلك الحسبة حسبة أخرى أفضل منها ألا يرى أن من أراد أن يتزوج امرأة فلا بأس له بان ينظر اليها وان علم أنه يشتهيها بناء على أن مقصوده اقامة السنة لا قضاء الشهوة كما سيأتى فى الكتاب مع أن الحاجة الى النظر اليها والضرورة انما يتحققان فى اقامة تلك السنة لا مطلقا لامكان ترك تزوجها الداعى الى النظر اليها وان كان فوق تلك السنة ما هو أفضل منها من الواجبات بل من بعض السنن المؤكدات فقد اندفع ذلك الاشكال بحذافيره (قوله و ينظر الرجل من الرجل الى جميع بدنه الا ما بين سرته الى ركبته) قال صاحب العناية هذا هو القسم الثانى من أصل التقسيم أقول ليس الامر كذلك بل هو القسم الثالث منه كما لا يشتبه على من نظر الى تقسيمه فى صدر هذا الفصل (قوله و بهذا ثبت أن السرة ليست بعورة خلافا لما يقوله أبو عصمة والشافعى) قال صاحب النهاية وأبو عصمة هو سعد بن معاذ المروزى فانه يقول ان السرة احدى حدى العورة فتكون من العورة كالركبة ثم قال وقوله والشافعى بالعطف على أبى عصمة فى اثبات أن السرة عورة عندهما

وهو مكرمة فى حق النساء أيضا الخفض للجارية كالختن للغلام و جارية مخفوضة أى مختونة (قوله وكذا الهزال الفاحش) اذا قيل له ان الحقنة تزيل ما بك من الهزال فلا باس بان يبدى ذلك الموضع للمحتقن على ما روى عن أبى يوسف رحمه الله وهذا صحيح فان الهزال الفاحش نوع مرض يكون آخره الدق والسل (قوله معتمدا فيه العادة) أى لتعامل العمال وغيرهم فى الابداء عن ذلك الموضع وفى النزع عن الظاهر حرج

(قوله و ينظر الرجل الى الرجل الخ) هذا هو القسم الثانى من أصل التقسيم (قوله خلافا لما يقوله أبو عصمة) يعنى سعد بن معاذ المروزى رحمه الله ان السرة أحد حدى العورة فتكون من العورة كالركبة قيل عطف الشافعى على أبى عصمة غير مستقيم لان هذا التعليل انما يستقيم على قول من يقول ان الركبة عورة وهو لا يقول به وهذا ساقط لان المصنف رحمه الله لم يعلل بهذا التعليل فى هذا الكتاب وانما ذكر المذهب فيجوز أن يكون مذهبهما واحدا والمأخذ متعددا فالمذكور يكون تعليلا لابى عصمة وتعليل الشافعى غير ذلك وهو أن السرة محل الاشتهاء والركبة عورة خلافا للشافعى رحمه الله استدلالا بالغاية فانها لا تدخل تحت المغيا والفخذ عورة خلافا لاهل الظاهر فانهم يقولون العورة هى السوءة دون ما عداها لقوله تعالى فبدت لهما سوآتهما والمراد به العورة وما دون السرة الى منبت الشعر عورة خلافا لما يقوله الامام أبو بكر محمد بن الفضل الكمارى رحمه الله معتمدا فيه على العادة (قوله لانه لا معتبر بها) أى بالعادة (مع وجود النص) جواب عن قول محمد بن الفضل متعلقا بقوله وما دون السرة الى منبت الشعر عورة وقوله (وقد روى أبو هريرة رضى الله عنه) جواب عن قول الشافعى رحمه الله ودليل على أن الركبة عورة

(قوله هذا هو القسم الثانى) أقول بل الثالث (قوله قيل عطف الشافعى) أقول القائل صاحب النهاية (قوله الكمارى) أقول بفتح الكاف

وأبدى الحسن بن على رضى الله عنه سرته فقبلها أبو هريرة رضى الله عنه وقال لجرهد وار فخذك أما علمت أن الفخذ عورة ولان الركبة ملتقى عظم الفخذ والساق فاجتمع المحرم والمبيح وفى مثله يغلب المحرم وحكم العورة فى الركبة أخف منه فى الفخذ وفى الفخذ أخف منه فى السوأة حتى ان كاشف الركبة ينكر عليه برفق وكاشف

كانه وقع سهو الوجهين أحدهما ماذكرنا من تعليل أبى عصمة فى اثبات أن السرة عورة بقوله انها أحد حدى العورة فتكون عورة كالركبة فان هذا التعليل انما يستقيم لمن يقول بأن الركبة عورة والشافعى لا يقول بكون الركبة عورة والثانى أن الشافعى علل فى اثبات أن الركبة ليست من العورة بقوله انها حد للعورة فلا تكون من العورة كالسرة لان الحد لا يدخل فى المحدود وهذا تنصيص منه على أن السرة ليست بعورة اهـ ورد عليه صاحب العناية حيث قال قيل عطف الشافعى على أبى عصمة غير مستقيم لان هذا التعليل انما يستقيم على قول من يقول الركبة عورة وهو لا يقول به وهذا ساقط لان المصنف لم يعلل بهذا التعليل فى هذا الكتاب وانما ذكر المذهب فيجوز أن يكون مذهبهما واحدا والمأخذ متعددا فالمذكور يكون تعليلا لابى عصمة وتعليل الشافعى غير ذلك وهو أن السرة محل الاشتهاء اهـ أقول قد ذكر صاحب النهاية لعدم استقامة العطف المزبور وجهين وقد نقل صاحب العناية أحد ذينك الوجهين وأجاب عنه كما ترى ولم يتعرض للوجه الآخر أصلا فكأنه لم يظفر بالجواب عنه فبقى الاشكال فى العطف الواقع فى كلام المصنف من ذلك الوجه ولا بد من دفعه فاقول فى الجواب القاطع لعرق الاشكال أن فى السرة والركبة ثلاث روايات عن الشافعى احداها أن السرة عورة والركبة ليست بعورة كما هو مدلول كلام المصنف ههنا وفى كتاب الصلاة أيضا والثانية انهما ليستا بعورة كما ذكر فى وجيز الشافعية والثالثة أنهما عورة وذكر صاحب الغاية هاتين الاخيرتين وقال والاولى منهما وهذا أصح الوجهين واذ قد تقرر هذا لجاز أن يكون تعليل الشافعى فى اثبات أن الركبة ليست من العورة بقوله انها حد للعورة فلا تكون من العورة كالسرة مبنيا على قوله فى الرواية الثانية وهذا لا ينافى اشتراكه مع أبى عصمة فى قوله الآخر الواقع فى الرواية الثالثة عنه بل لا ينافى أيضا اشتراكه معه فى تعليله بقوله انها أحد حدى العورة فتكون عورة كالركبة بناء على ذلك القول فلا محذور فى العطف المذكور أصلا تامل تقف (قوله وأبدى الحسن بن على رضى الله عنهما سرته فقبلها أبو هريرة) هذا جواب عن قول أبى عصمة والشافعى أخرجه أحمد فى مسنده وابن حبان فى صحيحه والبيهقى فى سننه عن ابن عون عن عمير بن اسحق قال كنت أمشى مع الحسن بن على رضى الله عنهما فى بعض طرق المدينة فلقينا أبو هريرة فقال للحسن اكشف لى عن بطنك جعلت فداءك حتى أقبل حيث رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقبله قال فكشف عن بطنه فقبل سرته ولو كانت من العورة لما كشفها قال الشارح العينى بعد بيان هذا المحل بهذا المنوال وفى معجم الطبرانى خلاف هذا حدثنا أبو مسلم الكشى حدثنا أبو عاصم عن ابن عون عن عمير بن اسحق أن أبا هريرة لقى الحسن بن على رضى الله عنهم فقال له ارفع ثوبك حتى أقبل حيث رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقبل فرفع عن بطنه ووضع يده على سرته انتهى وقال بعض المتأخرين بعد ما نقل ما ذكره العينى قلت لا مخالفة بين الروايتين لامكان الجمع بين المس والتقبيل ولو سلم فذلك لا يضرنا بل يثبت مدعانا بالاولوية انتهى أقول كان ذلك البعض خبط فى استخراج ما رواه الطبرانى فى معجمه حيث حسب أن معنى قوله ووضع يده على سرته وضع أبو هريرة يده على سرة الحسن فبنى عليه عدم المخالفة بين الروايتين بامكان الجمع بين المس والتقبيل يعنى أن وضع أبى هريرة يده على سرة الحسن مس لها وهو لا ينافى تقبيله اياها فلا مخالفة بينهما ثم بنى عليه أيضا كلامه التسليمى يعنى لو سلم المخالفة بينهما فما رواه الطبرانى لا يضرنا بل يثبت مدعانا ههنا وهو أن لا تكون السرة من العورة بالاولوية فان عدم جواز مس العورة بوضع اليد عليها أولى من عدم جواز تقبيلها فاذا وضع أبو هريرة يده على سرة الحسن ولم يمنعه الحسن ثبت أن السرة ليست من العورة لكن لا يخفى على من له أدنى تمييز أن معنى قوله ووضع يده على سرته وضع الحسن بن على يده على سرة نفسه وعن هذا قال ووضع يده بالواو دون فوضع يده بالفاء كما قال فى الرواية الاولى فقبل سرته والاسلوب المقرر فى الحكاية عن الاثنين ادخال

وقوله (وأبدى الحسن بن على رضى الله عنهما) جواب عن قول أبى عصمة والشافعى رحمهما الله وقوله (وقال عليه السلام لجرهد) جواب عن قول أهل الظاهر وقوله (ولان الركبة) دليل معقول على كون الركبة عورة والباقى ظاهر

الفخذ يعنف علمه وكاشف السوأة يؤدب ان لج (وما يباح النظر اليه للرجل من الرجل يباح المس) لانهما فيما ليس بعورة سواء قال (ويجوز للمرأة أن تنظر من الرجل الى ما ينظر الرجل اليه منه اذا أمنت الشهوة) لاستواء الرجل والمرأة فى النظر الى ما ليس بعورة كالثياب والدواب وفى كتاب الخنثى من الاصل ان نظر المرأة الى الرجل الاجنبى بمنزلة نظر الرجل الى محارمه لان النظر الى خلاف الجنس أغلظ فان كان فى قلبها شهوة أو أكبر رأيها أنها تشتهى أو شكت فى ذلك يستحب لها أن تغض بصرها ولو كان الناظر هو الرجل اليها وهو بهذه الصفة لم ينظر وهذا اشارة الى التحريم ووجه الفرق أن الشهوة عليهن غالب وهو كالمتحقق اعتبارا فاذا اشتهى الرجل كانت الشهوة موجودة فى الجانبين ولا كذلك اذا اشتهت المرأة لان الشهوة غير موجودة فى جانبه حقيقة واعتبارا فكانت من جانب واحد والمتحقق من الجانبين فى الافضاء الى المحرم أقوى من المتحقق فى جانب واحد قال (وتنظر المرأة من المرأة الى ما يجوز للرجل أن ينظر اليه من الرجل) لوجود المجانسة وانعدام الشهوة غالبا كما فى نظر الرجل الى الرجل وكذا الضرورة قد تحققت الى الانكشاف فيما بينهن

الفاء عند الاذ يقال الى حكاية قول الآخر أو فعله أو ترك العاطف والسلوك مسلك الاستئناف كما فى قوله تعالى قالوا سلاما قال سلام واذ قد كان معنى رواية الطبرانى ووضع الحسن يده على سرته كانت هذه الرواية مخالفة للرواية الاولى لعدم تيسر تقبيل سرة الحسن عند وضعه يده على سرته ثم انه ان كان مقصود الحسن رضى الله عنه من وضع يده على سرته فى رواية الطبرانى التحرز عن انكشاف نفس السرة عند رفع ثوبه عن بطنه ليشعر فعله المذكور بكون السرة من العورة وان كان مقصوده منه التحرز عن انكشاف ما تحت السرة لا يدل فعله المذكور على كون نفس السرة من العورة فلم يحصل منه جزم باحد الطرفين (قوله وما يباح للرجل النظر اليه من الرجل يباح المس لانهما فيما ليس بعورة سواء) أقول لقائل أن يقول استواؤهما فيه ممنوع كيف وقد مر أن وجه الاجنبية وكفيها ليسا بعورة حيث يجوز للرجل أن ينظر اليهما اذا أمن الشهوة ولكن لا يجوز له أن يمسهما وان أمن الشهوة فلم يستو النظر والمس فيها ويمكن أن يقال المراد أنهما سواء فيه ما لم يرد النص على خلاف ذلك كما فى الصورة المارة فان النبى صلى الله عليه وسلم قال من مس كف امرأة ليس منها بسبيل وضع على كفه جمرة يوم القيامة فساذكرهو نامن حديث الاستواء مقتضى القياس وما مر موجب النص فلا تنافى بينهما تدبر (قوله ويجوز للمرأة أن تنظر من الرجل الى ما ينظر الرجل اليه منه اذا أمن الشهوة) قال صاحب العناية قوله ويجوز للمرأة أن تنظر من الرجل الى ما ينظر الرجل اليه منه عكس هذا القسم الذى نحن فيه أقول ليس الامر كذلك فى الظاهر اذ الظاهر أن المراد بالقسم الذى نحن فيه هو الذى ذكر قبيل هذه المسئلة أعنى قوله وينظر الرجل من الرجل الى جميع بدنه الا ما بين سرته الى ركبته فانه الصالح لان يعنون بما نحن فيه ولا يذهب عليك أن هذا الذى ذكره هنا ليس بعكس ذلك وانما هذا عكس القسم الاول المذكور فى صدر الفصل ويحتمل أن يكون مراده بالقسم الذى نحن فيه هو القسم الاول المذكور فى صدر الفصل بناء على أن المصنف لما لم يستوف بعد أقسام ذلك القسم الاول بل أدخل فى خلالها الاقسام الثلاثة الاخر من أصل التقسيم كما تحيط به خبرا لم يكن فارغا عن بيان ذلك القسم بالكلية بل كان فى عهدته الآن بيان ما بقى منه فبهذا الاعتبار جاز أن يعبر عنه الشارح المزبور بالقسم الذى نحن فيه وان كان مستبعدا عند من له سلامة الفطرة ثم ان بعض المتأخرين طعن فى تحرير هذه المسئلة حيث قال ولو نكر الرجل الثانى كان أولى أقول ليس هذا بشئ اذ لا يخفى على ذى مسكة أن المقصود من هذه المسئلة بيان حال الجنس مطلقا لا بيان بعض من أفراده وان كان غير معين فالاولى أن يعرف الرجل فى الموضعين معا تعريف الجنس لا أن ينكر الثانى ولا الاول تامل تفهم (قوله وتنظر المرأة من المرأة الى ما يجوز للرجل أن ينظر اليه من الرجل) قال صاحب العناية

(قوله لان الشهوة غير موجودة فى جانبه حقيقة) لانه غير ناظر اليها حقيقة واعتبارا لعدم غلبة الشهوة

(قوله وكذا الضرورة قد تحققت الى الانكشاف فيما بينهن) أى فى الحمام

وقوله (لانهما) أى لان النظر والمس فيما ليس بعورة سواء وقوله (ويجوز للمرأة أن تنظر من الرجل الى ما ينظر الرجل اليه منه) عكس هذا القسم الذى نحن فيه وقوله (ووجه الفرق) أى فرق ما ذكر فى الاصل من جعل عدم نظرها اليه مستحبا وعدم نظره اليها واجبا هو أن الشهوة عليهن غالبة والغالب كالمتحقق غالبا ألا ترى أن وجوب العمل بخبر الواحد والقياس بسبب غلبة الصدق وغلبة الصحة لا بحقيقتهما وان أبا حنيفة جوز الصلاة فى السفينة قاعدا لان دوار الرأس فيها غالب واذا كان كذلك فاذا نظر الرجل اليها مشتهيا وجدت الشهوة فى الجانبين فى جانبه حقيقة لانه هو المفروض وفى جانبها اعتبارا لقيام الغلبة مقام الحقيقة واذا نظرت اليه مشتهية لم توجد الشهوة من جانبه حقيقة لان الفرض أنه لم ينظر ولا اعتبار لعدم الغلبة فكانت الشهوة من جانبها فقط والمتحقق من الجانبين فى الافضاء الى المحرم أقوى من المتحقق من جانب واحد لا محالة قال (وتنظر المرأة من المرأة الخ) هذا هو القسم الثالث من أصل التقسيم ما جاز للرجل أن ينظر اليه من الرجل جاز للمرأة أن تنظر اليه من المرأة لوجود المجانسة وعدم الشهوة غالبا والغالب كالمتحقق كما فى نظر الرجل الى الرجل والضرورة الى الانكشاف فيما بينهن محققة

(قوله عكس هذا القسم الذى نحن فيه أقول هذا هو القسم الثانى فى ترتيبه وهو عكس القسم الاول (قوله لان الغرض أنه لم ينظر) أقول فيه

قال صاحب النهاية أي في الحمام وهذا دليل على أنهن لا يمنعن عن الدخول في الحمام خلافا لما يقوله بعض الناس لان العرف الظاهر في جميع البلدان ببناء الحمامات للنساء وتمكينهن من دخول الحمامات دليل على صحة ما قلنا وحاجة النساء الى دخول الحمامات فوق حاجة الرجال

وعن أبي حنيفة رحمه الله ان نظر المرأة الى المرأة كنظر الرجل الى محارمه بخلاف نظرها الى الرجل لان الرجال يحتاجون الى زيادة الانكشاف للاشتغال بالاعمال والاول أصح قال (و ينظر الرجل من أمته التي تحل له وزوجته الى فرجها) وهذا اطلاق في النظر الى سائر بدنها عن شهوة وغير شهوة والاصل فيه قوله عليه السلام غض بصرك الا عن أمتك وامرأتك ولان مافوق ذلك من المس والغشيان مباح فالنظر أولى الا أن الاولى أن لا ينظر كل واحد منهما الى عورة صاحبه لقوله عليه السلام اذا أتى أحدكم أهله فليستتر ما استطاع ولا يتجردان تجرد العير ولان ذلك يورث النسيان لورود الاثر وكان ابن عمر رضي الله عنهما يقول الاولى أن ينظر ليكون أبلغ في تحصيل معنى اللذة قال (و ينظر الرجل من ذوات محارمه الى الوجه والرأس والصدر والساقين والعضدين ولا ينظر الى ظهرها و بطنها وفخذها)

هذا هو القسم الثالث من أصل التقسيم أقول بل هذا هو القسم الرابع منه كما لا يشتبه على أحد من أولي النهى ولم أدر كيف خفي على مثل ذلك والعجب أنه قد ابتلي بتعليه فيما مر كما عرفته وأصر عليه ولعل حكمة زلته في هذا الفصل ما وقع منه من سوء الظن بالمصنف حيث قال فيما بعد والتسامح في رعاية الترتيب في كلام المصنف ظاهر فصدر من نفسه ما هو أشد قبحا منه (قوله وعن أبي حنيفة أن نظر المرأة الى المرأة كنظر الرجل الى محارمه) يعني لا تنظر الى ظهرها و بطنها وهذا معنى قول صاحب الكافي حتى لا يباح لها النظر الى ظهرها و بطنها قال صاحب العناية في شرح هذا المحل يعني لا تنظر الى ظهرها و بطنها وفخذها كما سيأتي اهـ أقول ذكر الفخذ ههنا مستدرك بل مخل لان عدم جواز نظر المرأة الى فخذ المرأة قد تقرر في القول الاول لان الفخذ ليس مما يجوز أن ينظر الرجل اليه من الرجل والذي لابد له ههنا منه بيان ما يمتاز به القول الثاني عن القول الاول وهو أن لا تنظر الى ظهرها و بطنها أيضا وذكر الفخذ في هذا الاثناء يوهم جواز النظر اليه في القول الاول (قوله والاصل فيه قوله عليه السلام غض بصرك الا عن أمتك وامرأتك) قال في الكافي بعد ذكر هذا الاصل الذي هو حديث أبي هريرة وقالت عائشة رضي الله عنها كنت أغتسل أنا ورسول الله من اناء واحد وكنت أقول بق لي بق لي وهو يقول بقي لي بقي لي ولو لم يكن النظر مباحا لما تجرد كل واحد منهما بين يدي صاحبه اهـ وقصد الشارح العيني تزييف الاستدلال على المدعى ههنا بحديث عائشة رضي الله عنها فقال بعد أن ذكر الاستدلال بذلك قلت لا يتم الاستدلال بهذا لانه لا يلزم أن يكون اغتسالهما معا بل يجوز أن يكونا متعاقبين ولكن في ساعة واحدة ولئن سلمنا فلا يدل ذلك على أن كلا منهما كان ينظر الى فرج الآخر كيف وقد روي عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت قبض رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يرمني ولم أرمنه اهـ أقول ليس شيء من كلامه المنفي والتسليمي بصحيح أما الاول فلان قولها رضي الله عنها وكنت أقول بق لي بق لي وهو يقول بقي لي بقي لي يدل قطعا على أن يكون اغتسالهما معا اذ لو كان على التعاقب لما صح من المتقدم منهما طلب تبقية الماء من الآخر اذ المباشر أولا هو المتقدم فالتبقية وظيفته لا وظيفة الآخر فلا معنى لطلبها من الآخر وأما الثاني فلان المدعى ههنا مجرد جواز النظر الى الفرج لا لزومه ووقوعه البتة ولا شك أن تجرد كل واحد منهما بين يدي صاحبه يدل على جواز ذلك فان التجرد سبب لرؤية العورة عادة فلو لم يكن النظر اليها مباحا للزوج لما وقع التجرد منهما القطع بتحرز النبي صلى الله عليه وسلم عن مظان الحرمة ثم ان مجرد جواز النظر الى فرج الزوج لا ينافي عدم وقوعه منهما تأدبا على مقتضى مكارم الاخلاق فلا تدافع بين حديثي عائشة أصلا (قوله و ينظر الرجل من ذوات محارمه الى الوجه والرأس والصدر والساقين والعضدين ولا ينظر الى ظهرها و بطنها وفخذها)

(قوله من أمته التي تحل له) قيد بالحل لان اباحة النظر الى جميع بدن أمته مبنية على حل الوطء وفيما لا يحل من أمته كأمته المجوسية وأمته التي هي أخته من الرضاعة كان الحكم في النظر كأمة الغير (قوله تجرد العير) هو

لان المقصود تحصيل الزينة والمرأة الى هذا أحوج من الرجل و يتمكن الرجل من الاغتسال في الانهار والحياض والمرأة لا تتمكن من ذلك الى هذا أشار في المبسوط وقوله كنظر الرجل الى محارمه يعني لا ينظر الى ظهرها و بطنها وفخذها كما سيأتي قال المصنف رحمه الله (والاول أصح) لان نظر الجنس أخف قال (و ينظر الرجل من أمته الخ) هذا هو القسم الثاني من أقسام نظر الرجل الى المرأة والتسامح في رعاية الترتيب في كلام المصنف ظاهر وقيده بقوله من أمته التي تحل له لان حكم أمته المجوسية والتي هي أخته من الرضاع حكم أمة الغير في النظر اليها لان اباحة النظر الى جميع البدن مبنية على حل الوطء فتنتفي بانتفائه والعير هو الحمار الوحشي وخصه بالذكر لان الاهلي نوع ستر من الاقتاب والثفر وقد قيل هو الاهلي أيضا وقول ابن عمر رضي الله عنهما الاولى أن ينظر يعني وقت الوقاع روي عن أبي يوسف رحمه الله في الامالي قال سألت أبا حنيفة رحمه الله عن الرجل يمس فرج امرأته أوتمس هي فرجه ليتحرك عليها هل ترى بذلك بأسا قال لا ارجو أن يعظم الاجر قال (و ينظر الرجل من ذوات محارمه الخ) هذا هو القسم الثالث من ذلك نظر

فرض ذلك (قوله هو القسم الثالث) أقول بل الرابع

أقول كان الانسب أن لايذكر الفخذ ههنا فانه لما تقرر فيما مر عدم جواز أن ينظر الرجل من الرجل مطلقا أي وان كان ذا رحم محرم منه الى ما بين سرته الى ركبته علم عدم جواز أن ينظر الرجل من المرأة وان كانت من ذوات محارمه الى ما بين سرتها الى ركبتها بالاولوية لان النظر الى خلاف الجنس أغلظ وعن هذا لم يتعرض صاحب المحيط في هذا المقام لذكر شيء مما بين السرة والركبة حيث قال ولا يحل أن ينظر الى بطنها ولا الى ظهرها ولا الى جنبها ولا يمس شيأ من ذلك اه وظهر منه أيضا أن ذكر الجنب أحق من ذكر الفخذ ههنا فان قلت المقصود من ذكر الفخذ في الكتاب بيان الواقع والتصريح بما علم التزاما مما تقدم قلت فحينئذ كان الانسب أن يقال بدل ونخذها ما بين سرتها الى ركبتها كما ذكره صاحب البدائع حيث قال ولا يحل النظر الى ظهرها وبطنها والى ما بين السرة والركبة منها ومسها اه فان فيه عموم الافادة فان قلت المقصود بالاكتفاء بذكر الفخذ هو السلوك مسلك الدلالة في افادة حرمة النظر الى ما عداه أيضا مما بين السرة والركبة بالاولوية قلت فحينئذ كان الاحق الاكتفاء بذكر الركبة فان حكم العورة في الركبة أخف منه في الفخذ وفي الفخذ أخف منه في السوأة كما تقرر فيما مر فبذكر الفخذ لا يعلم حكم الركبة دلالة لكونها أخف منه في حرمة النظر وأما بذكر الركبة فيعلم حكم الفخذ والسوأة أيضا دلالة بالاولوية لكونهما أقوى منها في حرمة النظر ثم ان بعض المتأخرين قد حل بعض عبارة هذه المسئلة فقال وأصل التركيب ذوات الرحم المحارم على أن المحارم صفة الذوات وقد يحذف الرحم فيقال ذوات المحارم بطريق المسامحة والنكتة فيه شمول المسئلة للمحرم بسبب كما سيجيء وجعل المحرم ههنا مصدرا ميميا بمعنى الحرمة مع عدم استعماله فيه لا يلائمه تفسيره بما سيجيء فتأمل الى هنا كلامه أقول فيه خلل أما أولا فلانه لو كان أصل التركيب المذكور ذوات الرحم المحارم على أن المحارم صفة الذوات فحذف الرحم وأضيفت الذوات الى المحارم بطريق المسامحة كان مدلول هذه المسئلة مختصا بالمحرم بنسب اذ لرحم لا يتصور في غير النسب فلا مجال لان تكون النكتة في حذف الرحم واضافة الذوات الى المحارم شمول المسئلة للمحرم بسبب لان النكتة في العبارة لا تصلح أن تغير المعنى بالكلية حتى تنقله من الخصوص الى العموم وبالجملة بين أن يكون معنى التركيب المذكور ذوات الرحم المحارم وبين أن تشمل المسئلة المذكورة المحرم بسبب تناف لا يخفى وأما ثانيا فلان قوله وجعل المحرم ههنا مصدرا ميميا بمعنى الحرمة مع عدم استعماله فيه لا يلائمه تفسيره بما سيجيء ليس بسديد فان كلا من قوله مع عدم استعماله فيه ومن قوله لا يلائمه تفسيره بما سيجيء في حيز المنع أما الاول فلانه قال في المغرب والمحرم الحرام والحرمة أيضا وقال في البدائع النساء في هذا الباب سبعة أنواع نوع منهن المنكوحات ونوع منهن المملوكات ونوع منهن ذوات الرحم المحرم كالام والبنت والعمة والخالة ونوع منهن ذوات المحرم بلا رحم وهن المحارم من جهة الرضاع والمصاهرة ونوع منهن مملوكات الاغيار ونوع منهن من لا رحم لهن ولا محرم وهن الاجنبيات الحرائر ونوع منهن من ذوات الرحم بلا محرم كبنت العم والعمة والخال والخالة اه ولا يخفى على الفطن أن المحرم المذكور ثمة في مواضع متعددة انما يصلح منه أن يكون بمعنى الحرام ما ذكر في قوله ذوات الرحم المحرم والباقي منه بمعنى الحرمة لا غير كما في قوله ذوات المحرم بلا رحم وقوله من لا رحم لهن ولا محرم وقوله ذوات الرحم بلا محرم يظهر كل ذلك بالتامل الصادق والذوق الصحيح وقال في فتاوى قاضيخان ولا باس للرجل أن ينظر من أمه وابنته وأخته البالغة وكل ذات رحم محرم منه كالجدات وأولاد الاولاد والعمات والخالات الى شعرها ورأسها وصدرها وبدنها وعنقها وعضدها وساقها ولا ينظر الى ظهرها وبطنها ولا الى ما بين سرتها الى أن تجاوز الركبة وكذا الى كل ذات محرم برضاع أو صهرية كزوجة الاب والجدوان علا وزوجة الابن وأولاد الاولاد وان سفلوا وابنة المرأة المدخول بها فان لم يكن دخل بها فهي كالاجنبية اه ولا يخفى على الفطن أيضا أن المحرم المذكور في قوله وكذا الى كل ذات محرم برضاع أو صهرية بمعنى الحرمة دون الحرام اذ لا معنى لان يقال كل ذات حرام أي صاحبة حرام لان الحرام هي صاحبة الحرمة نفسها فلا معنى لاضافة الذات اليه وأما الثاني فلانه انما لا يلائمه تفسيره

الرجل الى الوجه والرأس والصدر والساقين والعضدين من ذوات محارمه جائز دون بطنها وظهرها ونخذها وقال الشافعي رحمه الله في القديم لا باس بذلك جعل حالها كحال الجنس في النظر وهو محجوج بحكم الظهار فانه ثابت اذا قال لامرأته أنت علي كظهر أمي فلو كان النظر اليه حلالا لما كان ظهارا لان الظهار تشبيه المحللة بالمحرمة

الحمار الوحشي وانما قيد به لان في الاهلي نوع ستر من الاقتاب والثغر

والاصل فيه قوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا لبعولتهن الآية والمراد والله أعلم. مواضع الزينة وهي ما ذكر في الكتاب ويدخل في ذلك الساعد والاذن والعنق والقدم لان كل ذلك موضع الزينة بخلاف الظهر والبطن والفخذ لانها ليست من مواضع الزينة ولان البعض يدخل على البعض من غير استئذان واحتشام والمرأة في بيتها في ثياب مهنتها عادة فلو حرم النظر الى هذه المواضع أدى الى الحرج وكذا الرغبة تقل للحرمة المؤبدة

بما سيجيء لو كان مراد المصنف بما سيجيء تفسير المحرم الذي هو مفرد المحارم في قوله وينظر الرجل من ذوات محارمه وأما اذا كان مراده بذلك تفسير المحرم بمعنى الحرام المأخوذ من مجموع قوله ذوات محارمه لا من قوله محارمه فقط فلا يلزم عدم الملاءمة كما لا يخفى والظاهر أن مراد المصنف هو الثاني ويعضده تقرير صاحب المحيط في هذه المسألة حيث قال وأما النظر الى ذوات محارمه فنقول يباح النظر الى موضع زينتها الظاهرة والباطنة ثم قال وذوات المحارم من حرم عليه نكاحهن بالنسب نحو الامهات والبنات والجدات والعمات والخالات وبنات الاخ وبنات الاخت أو بالسبب كالرضاع والمصاهرة انتهى فانه فسر ذوات المحارم بما فسر به المصنف المحرم نفسه ثم ان التحقيق في معنى التركيب المذكور وهو قولهم ذوات محارمه أنه اذا أريد به من حرم عليه نكاحهن بالنسب وحده ويجوز أن يكون أصله ذوات الرحم المحارم على أن يكون المحارم صفة الذوات وتكون جمع محرم بمعنى حرام ويجوز أن يكون معناه ذوات الحرمات على أن يكون المحارم جمع محرم بمعنى الحرمة وأما اذا أريد به من حرم عليه نكاحهن بنسب أو سبب كما في مسئلة الكتاب فلا مجال لتقدير الرحم لكونه منافيا للتعميم بل يتعين المعنى الثاني (قوله والاصل فيه قوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا لبعولتهن الآية) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام وقوله والاصل فيه أي في جواز ما جاز وعدم جواز ما لم يجز على تأويل المذكور قوله تعالى ولا يبدين زينتهن الآية وتبعه الشارح العيني أقول فيه نظر لان الآية المذكورة انما تدل على جواز ما جاز وهو النظر الى مواضع الزينة ولا تدل على عدم جواز ما لم يجز وانما يدل عليه آية أخرى وهي قوله تعالى قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم كما أفصح عنه صاحب البدائع حيث قال ولا يحل النظر الى ظهرها وبطنها ولا ما بين السرة والركبة منها والاصل فيها العموم قوله تعالى قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم الا أنه رخص للمحارم النظر الى مواضع الزينة الظاهرة والباطنة بقوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا لبعولتهن الآية فبقي غض البصر عما وراءها مأمورا به واذا لم يحل النظر فالمس أولى لانه أقوى انتهى أو آية الظهار كما أشار اليه صاحب المحيط حيث قال ولا يحل أن ينظر الى بطنها ولا الى ظهرها ولا الى جنبها ولا يمس شيأ من ذلك والوجه فيه أن الله تعالى سمى الظهار في كتابه منكرا من القول وزورا وصورة الظهار أن يقول الرجل لامرأته أنت كظهر أمي ولولا أن ظهرها محرم عليه نظرا ومسا لما سمي الظهار منكرا من القول وزورا واذا ثبت هذا في الظهر ثبت في البطن والجنبين انتهى فتأمل (قوله ولان البعض يدخل على البعض من غير استئذان واحتشام والمرأة في بيتها في ثياب مهنتها عادة فلو حرم النظر الى هذه المواضع أدى الى الحرج) قال بعض المتأخرين وتقرير هذا الدليل واضح الا أن قوله يدخل على البعض من غير استئذان يشكل بما ذكره صاحب البدائع في مسائل الدخول في بيت الغير أنه اذا كان من محارمه فلا يدخل عليه من غير استئذان فربما كانت مكشوفة العورة فيقع بصره عليها فيكرهان ذلك ثم استدل عليه بآثار انتهى كلامه أقول مراد المصنف بقوله ان البعض يدخل على البعض من غير استئذان أن العادة جرت بين الناس على دخول بعض المحارم على بعضهم من غير استئذان لا أنه أمر مندوب في الشرع وما ذكره صاحب البدائع حكم الشرع في أمر الدخول في بيت الغير فانه قال وأما حكم الدخول في بيت الغير فالداخل لا يخلو اما أن يكون أجنبيا أو من محارمه فان كان أجنبيا فلا يحل له الدخول فيه ثم قال وان كان من محارمه فلا يدخل من غير استئذان أيضا وان كان يجوز له النظر الى مواضع الزينة الظاهرة والباطنة ثم قال الا أن الامر في الاستئذان على المحارم أسهل وأيسر لان المحرم مطلق النظر الى مواضع الزينة منها شرعا انتهى فقد تلخص منه أن الدخول في بيت الاجنبي من غير استئذان حرام والدخول في بيت محارمه من غير استئذان مكروه ويكفي في التأدي

وقوله (والاصل فيه) أي في جواز ما جاز وعدم جواز ما لم يجز على تأويل المذكور (قوله تعالى ولا يبدين زينتهن الآية) والمراد والله أعلم مواضع الزينة فذكر الحال وأراد المحل مبالغة في النهي عن الابداء لان ابداء ما كان منفصلا اذا كان منهيا عنه فابداء المتصل أولى وذلك كقوله تعالى ولا القلائد في حرمة تعرض محلها وقوله (وهي ما ذكر في الكتاب) يريد به الوجه الى آخره ويدخل في ذلك أي في مواضع الزينة المدلول عليها بالزينة الساعد والاذن والعنق والقدم لان كل ذلك موضع الزينة اما الرأس فلانه موضع التاج والاكليل والشعر موضع العقص والعنق موضع القلادة والصدر كذلك والاذن موضع القرط والعضد موضع الدملج والساعد موضع السوار والكف موضع الخاتم والخضاب والساق موضع الخلخال والقدم موضع الخضاب بخلاف الظهر والفخذ والبطن لانها ليست مواضع الزينة وباقي كلامه واضح

فقلما تشتهى بخلاف ما وراءه لانها لا تنكشف عادة والمحرم من لا يجوز المناكحة بينه وبينها على التأبيد بنسب كان أو بسبب كالرضاع والمصاهرة لوجود المعنيين فيه وسواء كانت المصاهرة بنكاح أو سفاح فى الاصح لما بينا قال (ولا بأس بأن يمس ما جاز أن ينظر اليه منها) لتحقق الحاجة الى ذلك فى المسافرة وقلة الشهوة للمحرمية بخلاف وجه الاجنبية وكفيها حيث لا يباح المس وان أبيح النظر لان الشهوة متكاملة (الا اذا كان يخاف عليها أو على نفسه الشهوة) فحينئذ لا ينظر ولا يمس لقوله عليه السلام العينان تزنيان وزناهما النظر واليدان تزنيان وزناهما البطش وحرمة الزنا بذوات المحارم أغلظ فيجتنب (ولا بأس بالخلوة والمسافرة بهن) لقوله عليه السلام لا تسافر المرأة فوق ثلاثة أيام ولياليها الا ومعها زوجها أو ذو رحم محرم منها

الى الحرج جريان العادة بين الناس بدخول بعض المحارم على بعضهم بلا استئذان وان كان ذلك حالا عدح فى حكم الشرع والحرج مدفوع شرعا فلا اشكال (قوله والمحرم من لا يجوز المناكحة بينه وبينها على التأبيد بنسب كان أو بسبب كالرضاع والمصاهرة لوجود المعنيين فيه) يعنى بالمعنيين الضرورة وقلة الرغبة كذا فى الشروح وفى عبارة بعضهم يعنى الحرج وقلة الرغبة قال تاج الشريعة فان قلت فعلى هذا ينبغى أن لا يقطع اذا سرق المرء من بيت أمه من الرضاع لجواز الدخول من غير احتشام واستئذان فوقع نقصان فى الحرز قلت لا يقطع عند البعض وأما جواز الدخول من غير استئذان فممنوع ذكر خواهر زاده ان المحارم من جهة الرضاع لا يكون لهم الدخول من غير حشمة واستئذان ولهذا يقطعون بسرقة بعضهم من بعض انتهى كلامه واقتفى اثره العينى فى ذكر هذا السؤال والجواب بعينهما أقول ليس الجواب بتام أما قوله قلت لا يقطع عند البعض فلان عدم القطع عند البعض وهو احدى الروايتين عن أبى يوسف كما مر فى كتاب السرقة لا يدفع السؤال على قول أبى حنيفة ومحمد وعلى قول أبى يوسف أيضا فى رواية أخرى عنه فان كون المحرم بسبب الرضاع فى حكم المحرم بالنسب متفق عليه واذا كانت العلة فى ذلك وجود المعنيين المذكورين كما قاله المصنف يتوجه السؤال المذكور على قول الاكثر وهو القول المختار وظاهر الرواية كما تقرر فى كتاب السرقة ولا يدفعه عدم القطع عند البعض كما لا يخفى وأما قوله وأما جواز الدخول من غير استئذان فممنوع وتأييده ذلك بما ذكره شيخ الاسلام خواهر زاده فلانه ان لم يكن للمحارم من جهة الرضاع الدخول من غير حشمة واستئذان لم يصح قول المصنف لوجود المعنيين فيه فان وجود أحد ذينك المعنيين فيه يتوقف على أن يكون له الدخول من غير حشمة واستئذان كما تحققته ومبنى السؤال المذكور على صحة قوله كما يفصح عنه الفاء فى قول السائل فعلى هذا ينبغى أن لا يقطع اذا سرق المرء من بيت أمه من الرضاع فالاولى فى الاستدلال على كون المحرم بسبب فى حكم المحرم بنسب أن يصار الى الدليل النقلى كما فعله صاحب البدائع حيث قال وأما النوع الرابع وهو ذوات المحارم بلا رحم فحكمهن حكم ذوات المحارم والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب وروى أن أفلح استأذن أن يدخل على عائشة رضى الله عنها فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال عليه السلام ليلج عليك فانه عمك أرضعتك امرأة أخيه انتهى وقال فى المبسوط بعد ما ذكر حكم ذوات المحارم بالنسب والحرمة بالرضاع وكذلك الحرمة بالمصاهرة لان الله تعالى سوى بينهما بقوله فجعله نسبا وصهرا

(قوله لوجود المعنيين) وهما الضرورة وقلة الرغبة فيه أى فى المحرم وهذا اشارة الى ما ذكره بقوله فلو حرم النظر الى هذه المواضع أدى الى الحرج وكذا الرغبة تقل للحرمة المؤبدة وقوله فى الاصح متعلق أو سفاح لان اختلاف المشايخ فى المصاهرة بالزنا لا فى المصاهرة بالنكاح (قوله ولا بأس بأن يمس ما جاز أن ينظر اليه منها) لما روى ان النبى صلى الله عليه وسلم كان يقبل رأس فاطمة رضى الله عنها ويقول أجد منها ريح الجنة وكان اذا قدم من السفر بدأ بها فعانقها وقبل رأسها وقال عليه السلام من قبل رجل أمه فكأنما قبل عتبة الجنة (قوله لا تسافر المرأة فوق ثلاثة أيام) كلمة فوق ههنا صلة فان حرمة المسافرة ثابتة فى ثلاثة أيام أيضا وكان نظير قوله تعالى فان كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك

وقوله لوجود المعنيين يعنى الضرورة وقلة الرغبة فيه أى فى المحرم وقوله فى الاصح متعلق بقوله او سفاح لان اختلاف المشايخ فى المصاهرة بالزنا لا فيها بالنكاح فان بعض مشايخنا رحمهم الله قال لا يثبت حل المس والنظر بالمصاهرة سفاحا لان ثبوت الحرمة بطريق العقوبة على الزانى لا بطريق النعمة لانه لما ظهرت خيانته مرة لا يؤتمن ثانيا والاصح أنه لا بأس بذلك لما بينا أنها محرمة عليه على التأبيد ولا وجه لقوله ثبوت الحرمة بطريق العقوبة لانها تثبت باعتبار كرامة الولد على ما عرف فى موضعه (قال ولا بأس بأن يمس ما جاز أن ينظر اليه منها لوجود المقتضى للاباحة) وهو الحاجة الى ذلك فى المسافرة وانتفاء المانع وهو وفور الشهوة وقوله (الا اذا كان يخاف عليها) استثناء من قوله ولا بأس وكلمة فوق فى قوله عليه الصلاة والسلام فوق ثلاثة أيام صلة لان حرمة المسافرة ثابتة فى ثلاثة أيام ايضا فكان كقوله تعالى فان كن نساء فوق اثنتين واذا جازت المسافرة بهن جازت الخلوة بهن لان فى المسافرة خلوة

(قوله لانه لما ظهرت خيانته الخ) أقول فيه بحث ثم الظاهر أن يقال ولانه الخ

وقوله (فان احتاج الى الاركاب) أى اركاب ذوات المحارم والاصل فى ذلك أن لا يجوز مس ما يجوز أن ينظر الرجل اليه لان المس فوق النظر لكنه جاز لان النبي صلى الله عليه وسلم كان يقبل رأس فاطمة رضى الله عنها ويقول أجد منها ريح الجنة وكان ذلك لا عن شهوة قطعا فيجوز المس مع الاتقاء عن الشهوة ما أمكن قال (وينظر الرجل من مملوكة غيره الخ) هذا آخر الاقسام من ذلك وكلامه واضح وقوله علاها أى ضرب علاوتها وهى رأسها بالدرة وقوله (خلافا لما يقوله محمد بن مقاتل رحمه الله انه يباح الا الى ما دون السرة الى الركبة) وجهه ما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما أنه قال ومن أراد أن يشترى جارية فلينظر اليها الا الى موضع المئزر وتعامل أهل الحرمين ووجه العامة ما ذكره فى الكتاب وقوله (وأما الخلوة بها والمسافرة معها) يعنى اذا أمن بذلك على نفسه وعليها فقد اختلف المشايخ رحمهم الله فيه فمنهم من قال يحل واعتبرها بالمحارم واليه مال شمس الائمة رحمه الله وقيل لا يحل لعدم الضرورة واليه مال الحاكم الشهيد رحمه الله (وفى الاركاب والانزال اعتبر محمد رحمه الله الضرورة فيهن) يعنى التى لا مدفع لها (وفى المحارم مجرد الحاجة) أى نفس الحاجة لا الضرورة وقوله (ولا بأس بأن يمس ذلك) أى المواضع التى يجوز النظر اليها (اذا أراد الشراء وان خاف أن يشتهى كذا فى المختصر وأطلق فى الجامع) لفظ الجامع الصغير فقال رجل أراد أن يشترى جارية لا بأس بأن يمس ساقها وذراعيها وصدرها وينظر الى صدرها وساقها مكشوفين والباقى واضح

وقوله عليه السلام ألا لا يخلون رجل بامرأة ليس منها بسبيل فان ثالثهما الشيطان والمراد اذا لم يكن محرما فان احتاج الى الاركاب والانزال فلا بأس بأن يمسها من وراء ثيابها ويأخذ ظهرها وبطنها دون ما تحتهما اذا أمنا الشهوة فان خافها على نفسه وعليها تيقنا أو ظنا أو شكا فليجتنب ذلك بجهده ثم ان أمكنها الركوب بنفسها يمتنع عن ذلك أصلا وان لم يمكنها يتكلف بالثياب كيلا تصيبه حرارة عضوها وان لم يجد الثياب يدفع الشهوة عن قلبه بقدر الامكان قال (وينظر الرجل من مملوكة غيره الى ما يجوز أن ينظر اليه من ذوات محارمه) لانها تخرج لحوائج مولاها وتخدم أضيافه وهى فى ثياب مهنتها فصار حالها خارج البيت فى حق الاجانب كحال المرأة داخله فى حق محارم الاقارب وكان عمر رضى الله عنه اذا رأى جارية متقنعة علاها بالدرة وقال ألقى عنك الخمار يا دفار أتتشبهين بالحرائر ولا يحل النظر الى بطنها وظهرها خلافا لما يقوله محمد بن مقاتل انه يباح الا الى ما دون السرة الى الركبة لانه لا ضرورة كما فى المحارم بل أولى لقلة الشهوة فيهن وكمالها فى الاماء ولفظة المملوكة تنتظم المدبرة والمكاتبة وأم الولد لتحقق الحاجة والمستسعاة كالمكاتبة عند أبى حنيفة على ما عرف وأما الخلوة بها والمسافرة معها فقد قيل يباح كما فى المحارم وقد قيل لا يباح لعدم الضرورة فيهن وفى الاركاب والانزال اعتبر محمد فى الاصل الضرورة فيهن وفى ذوات المحارم مجرد الحاجة قال (ولا بأس بأن يمس ذلك اذا أراد الشراء وان خاف أن يشتهى) كذا ذكره فى المختصر وأطلق أيضا فى الجامع الصغير ولم يفصل قال مشايخنا رحمهم الله يباح النظر فى هذه الحالة وان اشتهى للضرورة ولا يباح المس اذا اشتهى أو كان أكبر رأيه ذلك لانه نوع استمتاع وفى غير حالة الشراء يباح النظر والمس بشرط عدم الشهوة قال (واذا حاضت الامة لم تعرض فى ازار واحد) ومعناه بلغت وهذا موافق لما بينا أن الظهر والبطن منها عورة وعن محمد أنها اذا كانت تشتهى ويجامع مثلها فهى كالبالغة لا تعرض فى ازار واحد لوجود الاشتهاء قال (والخصى فى النظر الى الاجنبية كالفحل) لقول عائشة رضى الله عنها الخصاء مثلة فلا يبيح ما كان حراما قبله ولانه فحل يجامع وكذا المجبوب لانه

(قوله وقوله عليه السلام ألا لا يخلون رجل بامرأة ليس منها بسبيل فان ثالثهما الشيطان والمراد اذا لم يكن محرما) أقول لقائل أن يقول كون المراد اذا لم يكن محرما ليس بأجلى من أصل المسئلة لجواز أن يكون المراد اذا لم يكن زوجا فمع هذا الاحتمال كيف يثبت المدعى ولئن سلم كون المراد ذلك فجواز أن يخلو الرجل بامرأة ذات محرم منه لا يستفاد من هذا الحديث الا بطريق مفهوم المخالفة وهو ليس بحجة عندنا (قوله والخصى فى النظر الى الاجنبية كالفحل لقول عائشة رضى الله عنها الخصاء مثلة فلا يبيح ما كان حراما قبله) قال الشارح العينى ههنا يرادان على المصنف الاول ان هذا لم يثبت عن عائشة رضى الله عنها

(قوله والمراد اذا لم يكن محرما) أى المراد من قوله ليس منها بسبيل اذا لم يكن محرما (قوله علاها بالدرة) أى ضرب علاوتها أى رأسها (قوله اعتبر محمد رحمه الله فى الاصل الضرورة فيهن) أى الضرورة التى لا مدفع لها وفى المحارم مجرد الحاجة اعتبر نفس الحاجة لا الضرورة يعنى اذا خاف الهلاك على الامة بان كانت فى الفيافى فلو لم يكن يتركها ينقطع عن القافلة وتهلك وأما الحاجة ان تكون المرأة فى البلد أو القرية ولها حاجتان تمشى الى المزرعة (قوله ولم يفصل) أى بين وجود الشهوة وعدمها سواء كان فى النظر أو فى المس وقال رجل أراد أن يشترى جارية لا بأس بأن يمس ساقها وذراعيها وصدرها وينظر الى صدرها وساقها مكشوفين (قوله واذا حاضت الامة) معناه أى بلغت اطلاقا لاسم السبب على المسبب لان الغالب بلوغهن بالحيض وقوله لم تعرض فى ازار واحد يعنى تؤمر بلبس القميص لان ظهرها وبطنها عورة والمراد بالازار الذى يستر بين السرة والركبة وقال محمد رحمه الله وكذلك اذا بلغت موضعا تجامع وتشتهى لان المشتهاة كالبالغة (قوله الخصاء مثلة) خصاه نزع خصيته يخصيه خصاء على فعال والاخصاء فى معناه خطأ وأما الخصى كما فى حديث

بستحق

يستحق و ينزل وكذا المخنث فى الردىء من الافعال لانه فل فاسق والحاصل انه يؤخذ فيه بحكم كتاب الله المنزل

وانما أخرجه ابن أبى شيبة فى مصنفه عن ابن عباس قال حدثنا أسباط بن محمد بن فضل عن مطرف عن رجل عن ابن عباس قال خصاء البهائم مثلة ثم تلا ولآمرنهم فليغيرن خلق الله وأخرجه عبد الرزاق فى مصنفه عن مجاهد وعن شهر بن حوشب الخصاء مثلة ذكره فى كتاب الحج الثانى ان هذا لا يدل على مدعاكم فان كون الخصاء مثلة لا يدل على أن نظر الخصى الى الاجنبية كالفحل الى هنا كلامه أقول كل من ايراديه ساقط أما الاول فلان حاصله عدم ثبوت هذا القول عن عائشة رضى الله عنها عنده بطريق الاسناد وهو لا يقتضى عدم ثبوته عند المجتهدين بطريق الاسناد أو بطريق الارسال وقد روى ذلك عن عائشة رضى الله عنها فى عامة كتب أصحابنا بطريق الارسال وتقرر فى علم الاصول أن مرسل الصحابى مقبول بالاجماع ومرسل القرن الثانى والثالث وان لم يقبل عند الشافعى بدون أن يثبت اتصاله من طريق آخر كمراسيل سعيد بن المسيب الا أنه يقبل عندنا وعند مالك على الاطلاق حتى قالوا انه فوق المسند ومرسل من دون هؤلاء يقبل عند بعض أصحابنا ويرد عند البعض فهذا القول المرسل الى عائشة رضى الله عنها ان كان من مراسيل القرن الثانى أو الثالث فلا شك فى كونه مقبولا عندنا وان كان من مراسيل من دون القرن الثالث فهو أيضا مقبول على القول المختار من أصحابنا وأما الثانى فلان قوله فلا يبيح ما كان حراما قبله من كلام عائشة كما يدل عليه تقريرات الثقات فى عامة المعتبرات فدلالة أثر عائشة رضى الله عنها على المدعى أظهر من أن يخفى ثم أقول ولكن بقى ههنا شىء وهو أنه قد ذكر فى أصول الفقه أن قول الصحابى فيما لم يعلم اتفاق سائر الصحابة عليه ولا اختلافهم فيه انما يوجب التقليد فيما لا يدرك بالقياس لانه لا وجه له الا السماع أو الكذب والثانى منتف فتعين الاول لا فيما يدرك بالقياس لان القول بالرأى منهم مشهور والمجتهد يخطئ ويصيب والظاهر أن ما نحن فيه مما يدرك بالقياس ولهذا استدلوا عليه بالدليل العقلى الذى مرجعه القياس على ما تقرر فى علم الاصول حيث قالوا ولانه فحل يجامع ولم يعلم اتفاق سائر الصحابة على قول عائشة المذكور هنا فيلزم أن لا يوجب التقليد فكيف يتم الاستدلال به (قوله وكذا المجبوب لانه يسحق و ينزل) قال بعض المتأخرين ويسحق بفتح الياء و ينزل بضمها أى يفعل الانزال ولا حاجة الى تقدير المفعول كما فعله العينى حيث قال المنى بعد قوله و ينزل انتهى أقول الصواب ما فعله العينى لانه لو كان معنى ينزل هنا يفعل الانزال كان هذا الفعل المتعدى منزلا منزلة اللازم للقصد الى نفس الفعل كما فى نحو قولك فلان يعطى أى يفعل الاعطاء و يوجد هذه الحقيقة على ما ذكر فى المفتاح وغيره وليس ذلك المعنى بصحيح هنا اذ لا يثبت المطلوب بمجرد كون المجبوب فاعل حقيقة الانزال فان هذا يتحقق بانزاله البول ونحوه وليس ذلك بعلة لحرمة النظر الى الاجنبية لا محالة وانما العلة لها شهوة المنى فلا بد من تعيين مفعول ينزل هنا بالمنى حتى يتم المطلوب (قوله والحاصل أنه يؤخذ فيه بحكم كتاب الله تعالى المنزل فيه) أى يؤخذ فى كل

الشىء على فعل فقياس وان لم نسمعه والمفعول خصى على فعيل والجمع خصيان (قوله وكذا المخنث فى الردىء من الافعال) قيد بالردىء من الافعال وهو أن يمكن غيره من نفسه احترازا عن المخنث الذى فى أعضائه لين وفى لسانه تكسر بأصل الخلقة ولا يشتهى النساء ولا يكون مخنثا فى الردىء من الافعال فانه قد رخص بعض مشايخنا فى ترك مثله مع النساء استدلالا بقوله تعالى أو التابعين غير أولى الاربة من الرجال قيل هو المخنث الذى لا يشتهى النساء وقيل هو المجبوب الذى جف ماؤه وقيل المراد منه الابله الذى لا يدرى ما يصنع بالنساء انما همته بطنه وفى هذا كلام أيضا فانه اذا كان شابا ينحى عن النساء وانما ذلك اذا كان شيخا كبيرا قد ماتت شهوته فحينئذ يرخص فى ذلك (قوله والحاصل أنه يؤخذ فيه بحكم كتاب الله المنزل فيه) وهو قوله تعالى قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم قال شمس الائمة رحمه الله ان قوله أو التابعين الخ من المتشابه وقوله تعالى قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم محكم فنأخذ بالمحكم ونقول كل من كان من الرجال فلا يحل لها أن تبدى موضع الزينة الباطنة بين يديه ولا يحل له أن ينظر اليها الا أن يكون صغيرا فحينئذ لا بأس بذلك لقوله تعالى أو الطفل الذين لم يظهروا على عورات النساء وقد روى أنه كان فى بيت أم سلمة رضى الله عنها مخنث فلما

وقوله (وكذا المخنث فى الردىء من الافعال) يعنى من يمكن غيره من نفسه احترازا عن المخنث الذى فى أعضائه لين وتكسر بأصل الخلقة ولا يشتهى النساء فانه رخص بعض مشايخنا رحمهم الله فى ترك مثله مع النساء استدلالا بقوله تعالى أو التابعين غير أولى الاربة من الرجال قيل هو المخنث الذى لا يشتهى النساء وقيل هو المجبوب الذى جف ماؤه وقيل المراد به الابله الذى لا يدرى ما يصنع بالنساء انما همه بطنه وفيه كلام فانه اذا كان شابا ينحى عن النساء وانما ذلك اذا كان شيخا كبيرا ماتت شهوته والاصح أن نقول قوله تعالى أو التابعين من المتشابهات وقوله تعالى قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم محكم نأخذ به واليه أشار المصنف رحمه الله بقوله فالحاصل أنه يؤخذ فيه بحكم كتاب الله تعالى المنزل.

(قال المصنف والحاصل أنه يؤخذ فيه) أقول أى فى المخنث الذى فى أعضائه لين وتكسر بأصل الخلقة ولا يشتهى النساء على سبيل الاستخدام (قال المصنف بحكم كتاب الله تعالى) أقول اطلاق المحكم لعله على التشبيه

فيه والطفل الصغير مستثنى بالنص قال (ولا يجوز للمملوك أن ينظر من سيدته الا الى ما يجوز للاجنبي النظر اليه منها) وقال مالك هو كالمحرم وهو أحد قولى الشافعي لقوله تعالى أو ما ملكت أيمانهن ولان الحاجة متحققة لدخوله عليها من غير استئذان ولنا أنه فحل غير محرم ولا زوج والشهوة متحققة لجواز النكاح فى الجملة والحاجة قاصرة لانه يعمل خارج البيت والمراد بالنص الاماء قال سعيد والحسن وغيرهما لا تغرنكم سورة النور فانها فى الاناث دون الذكور قال (ويعزل عن أمته بغير اذنها ولا يعزل عن زوجته الا باذنها) لانه عليه

واحد منها كذا فى شرح تاج الشريعة وقال بعض الفضلاء أى فى المخنث الذى فى أعضائه لين وتكسر باصل الخلقة ولا يشتهى النساء على سبيل الاستخدام اهـ أقول الحق ما قاله تاج الشريعة أما أولا فلانه يصح أن يؤخذ فى كل واحد من الاصناف الثلاثة المارة أعنى الخصى والمجبوب والمخنث بحكم كتاب الله تعالى بلا ريب وهو قوله تعالى قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم وكذا قوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا لبعولتهن الآية فما معنى تخصيص ذلك بالثالث وحده مع امكان حمله على الثلاثة جميعا ومقصود المصنف من كلامه هذا بيان دليل آخر أقوى مما ذكره أولا جامع للصور الثلاث معا كما ترى وأما ثانيا فلان كلمة الحاصل تقتضى فى الاستعمال تفصيلا سابقا يكون ما ذكر فى حيزها تلخيصا لذلك التفصيل وهذا انما يتصور هنا اذا كان كلام المصنف هذا ناظرا الى مجموع الصور الثلاث المارة لا الى الصورة الثالثة وحدها سيما وأريد بالضمير المجرور فى قوله يؤخذ فيه المخنث بالمعنى الغير المذكور فيما مر على سبيل الاستخدام كما زعمه ذلك البعض فانه لا يكون حينئذ لكلمة الحاصل مساس بما قبلها أصلا كما لا يخفى على ذى فطنة (قوله والمراد بالنص الاماء قال سعيد والحسن وغيرهما لا تغرنكم سورة النور فانها فى الاناث دون الذكور) قال صاحب النهاية أطلق اسم سعيد ولم يقيده بالنسبة

حاصر رسول الله عليه السلام الطائف قال لعمر بن أم سلمة اذا فتح الله علينا الطائف أدلك على ابنة غيلان فانها تقبل بأربع وتدبر بثمان فقال عليه السلام أو هذا الابدخان هؤلاء عليكم كذا فى الايضاح ومعنى قوله تقبل بأربع وتدبر بثمان المراد عكن البطن العكن جمع عكنة وهى الطى الذى يكون فى البطن من السمن أى هن أربع اذا أقبلت وثمان اذا أدبرت لان لكل عكنة طرفين الى جنبها (قوله وقال مالك رحمه الله هو كالمحرم) وهو أحد قولى الشافعى رحمه الله لقوله تعالى أو ما ملكت أيمانهن ولا يجوز أن يحمل على الاماء لانهن دخلن فى قوله أو نسائهن ولانه لا يشكل أن للامة أن تنظر الى سيدتها كالاجنبيات ولان بينهما سببا محرما للنكاح فكان كالمحرم واباحة النظر ثم لحاجة الدخول من غير استئذان واحتشام وهذا يتحقق فيما بين العبد وسيدته قلنا المراد من قوله تعالى أو نسائهن الحرائر المسلمات لانه ليس للمؤمنة أن تتجرد بين يدى مشركة أو كتابية كذا عن ابن عباس رضى الله عنه والظاهر أنه عنى بنسائهن من فى صحبتهن من الحرائر ونساء كلهن سواء فى حل بعضهن الى بعض والمراد من قوله أو ما ملكت أيمانهن الاماء كما قاله سعيد بن المسيب وسعيد بن جبير رضى الله عنهما والموضع موضع الاشكال لان حالة الامة تقرب من حالة الرجال حتى تسافر بغير محرم فكان يشكل أنه هل يباح له التكشف بين يدى أمتها ولم يزل هذا الاشكال بقوله تعالى أو نسائهن لان مطلق هذا اللفظ يتناول الحرائر دون الاماء وأما حرمة المناكحة بينهما على عرضة الزوال فكانت فى حقه بمنزلة منكوحة الغير أو معتدته ولان وجوب الستر عليها لمعنى خوف الفتنة وذلك موجود ههنا وانما ينعدم ذلك بالحرمة المؤبدة لان الحرمة المؤبدة تقلل الشهوة وأما الملك فلا يقلل الشهوة بل يحملها على رفع الحشمة فكان ادعى الى خوف الفتنة ووجوب الستر والبلوى غير متحقق لان العبد لا يستخدم خارج البيت لا داخل البيت فقد قيل من اتخذ عبدا لخدمة داخل البيت فهو كشخاز وهو الديوث الذى لا غيرة له (قوله كما قال سعيد)

أيمانهن وهو جواب عن استدلال مالك والشافعى رحمهما الله به (قال سعيد) أى سعيد بن المسيب أو سعيد ابن جبير قال فى النهاية أطلق اسم سعيد ولم يقيده بالنسبة ليتناول السعيدين (والحسن وغيرهما) سمرة ابن جندب (لا تغرنكم سورة النور فانها فى الاناث دون الذكور) ولان الذكور مخاطبون بقوله تعالى قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم فلو دخلوا فى قوله تعالى أو ما ملكت أيمانهن لزم التعارض وعورض بان نظر الاماء الى سيدتهن استفيد من قوله تعالى أو نسائهن فلو حملت هذه الآية على الاماء لزم التكرار وبان الاماء لو لم تكن مرادة من قوله تعالى أو نسائهن وجب أن لا تكون مرادة من قوله تعالى أو ما ملكت أيمانهن أيضا لان البيان انما يحتاج اليه فى موضع الاشكال ولا يشكل على أحد أن للامة أن تنظر الى سيدتها كالاجنبيات والملك ان لم يزد توسعة فلا أقل ان لا يزيد تضييقا وأجيب عن الاول بان المراد بالنساء الحرائر المسلمات اللاتى فى صحبتهن لانه ليس لمؤمنة أن تتجرد

(قوله أى لم يطلعوا) أقول فسر قوله لم يظهروا من الظهور بمعنى الاطلاع (قوله ليتناول السعيدين) أقول فيلزم الجمع بين معنيى المشترك (قوله والحسن وغيرهما الخ) أقول عطف على سعيد فى قال سعيد (قوله فلو دخلوا فى قوله تعالى أو ما ملكت أيمانهن لزم التعارض) أقول فيه بحث كيف ولو صح ما ذكره لزم التعارض بين قوله قل للمؤمنين الآية وبين قوله الا لبعولتهن الآية تأمل فالجواب بانه

السلام نهى عن العزل عن الحرة الاباذنها وقال لمولى أمة اعزل عنها ان شئت ولان الوطء حق الحرة قضاء للشهوة وتحصيلا للولد ولهذا تخير فى الجب والعنة ولا حق للامة فى الوطء فلهذا لا ينقص حق الحرة بغير اذنها ويستبد به المولى

ليصح تناوله للسعيدين على ما رويناه من رواية المبسوط انتهى وتبعه جماعة من الشراح فى هذا التوجيه ورده صاحب الغاية حيث قال أراد به سعيد بن المسيب لما ذكرنا عن الكشاف وقال بعضهم فى شرحه انما أطلق السعيد ليتناول السعيدين سعيد بن المسيب وسعيد بن جبير وفيه نظر لانه يلزم حينئذ أن يكون للمشترك عموم فى موضع الاثبات وهو فاسد انتهى أقول نظره ساقط اذ الظاهر أن مراد هؤلاء الشراح بالتناول فى قولهم ليتناول السعيدين هو التناول على سبيل البدل لا التناول على سبيل الشمول والعموم ولا شك أن المشترك يتناول معانيه على سبيل البدل ولقد صرحوا به حتى قال المحقق التفتازانى فى التلويح والمشترك مستغرق لمعانيه على سبيل البدل والذى لا يجوز عندنا دون الشافعى انما هو عموم المشترك لمعانيه على سبيل الشمول فى اطلاق واحد كما تقرر فى علم الاصول وهو غير لازم من عبارة هؤلاء الشراح وقال الشارح العينى بعد نقل كلام هؤلاء الشراح ونظر صاحب الغاية فيه قلت نظره وارد ولكن تعليله غير مستقيم أما وروده فلانه لم يستعمل أحد من السلف لفظ سعيد من غير نسبة وأراد به سعيد بن المسيب أو سعيد بن جبير وأما أن تعليله غير مستقيم فلانه ادعى فيه لزوم عموم المشترك ولا نسلم ثبوت الاشتراك ههنا لان الاشتراك ماوضع لمعان انتهى أقول كلا دخليه ليس بشئ أما الاول فلانه لاشك أن العلم هو لفظ سعيد لا مجموع سعيد ابن المسيب أو سعيد بن جبير فعدم استعمال السلف لفظ سعيد من غير نسبة فى سعيد بن المسيب أو سعيد بن جبير على تقدير صحته ليس لعدم صحة اطلاق لفظ سعيد وحده على أحدهما والا لما كان علما لكل واحد منهما بل لقصدهم زيادة اظهار المراد وتعيينه واذا كان مقصود المصنف تناول لفظ سعيد ههنا السعيدين كما ذهب اليه هؤلاء الشراح لزمه ترك النسبة وصح الاطلاق وأما الثانى فلان لفظ سعيد علم مشترك والاعلام المشتركة مما تقرر أمره فى علم النحو فكيف يمنع ثبوت الاشتراك ههنا وقوله لان الاشتراك ماوضع لمعان لا يجدى شيأ لانه ان أراد بالمعانى ما يستفاد من اللفظ فهو متحقق فى العلم المشترك أيضا بلا ريب وان أراد بها الصور العقلية المقابلة للاعيان الخارجية فليست تلك بمعتبرة فى معنى المشترك فان المشترك ماوضع لمتعدد بوضع متعدد أى شئ كان ذلك المتعدد الموضوع له والامر فى العلم المشترك كذلك فانه لا يتناول مسمياته بوضع واحد بل لكل واحد منهما وضع مستقل كما عرف فى موضعه ثم ان صاحب العناية علل كون المراد بالنص الاماء بوجه آخر حيث قال ولان الذكور مخاطبون بقوله تعالى قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم فلو دخلوا فى قوله عز وجل أو ما ملكت أيمانهن لزم التعارض انتهى أقول ليس ذلك بصحيح أما أولا فلانه ينتقض بخطاب الاناث أيضا بقوله تعالى وقل للمؤمنات يغضضن من أبصارهن فان مقتضى ماذكره أن لا تدخل الاماء أيضا فى قوله عز وجل أو ما ملكت أيمانهن بناء على لزوم التعارض بينه وبين قوله تعالى وقل للمؤمنات يغضضن من أبصارهن مع أن دخول الاماء فيه مجمع عليه وأما ثانيا فلان اللازم من كون الذكور من المماليك مخاطبين بقوله تعالى قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم دخولهم فى جانب الغاضين من أبصارهم لا فى جانب من يجب غض البصر عنه وهو الذى منع النظر اليه فان كلمة من فى قوله تعالى من أبصارهم للتبعيض كما صرح به المفسرون فكان المعنى يغضوا بعضا من أبصارهم وهو غير معين فكانت تلك الآية مجملة فى حق من منع النظر اليه فلو دخل الذكور من المماليك فى قوله تعالى أو ما ملكت أيمانهن لم يلزم التعارض بين الآيتين أصلا وانما يلزم أن تكون احدى الآيتين مبينة لما فى الآية الاخرى من الاجمال وهو معنى صحيح حسن مقرر على كل حال فان قوله تعالى أو ما ملكت أيمانهن على تقدير أن لا يدخل فيه ذكور المماليك كما هو مذهبنا وكذا نظائره من قوله تعالى الا لبعولتهن أو آبائهن أو آباء بعولتهن الى آخر الآية كلها مبينة

بين يديه شركة أو كتابية كذا عن ابن عباس رضى الله عنهما والظاهر أنه أريد بنسائهن من يصحبهن من الحرائر مسلمة كانت أو غيرها والنساء كلهن فى حل نظر بعضهن الى بعض سواء والمراد من قوله تعالى أو ما ملكت أيمانهن الاماء وعن الثانى بأن حال الامة يقرب من حال الرجال حتى تسافر من غير محرم فكان يشكل أنه يباح لها التكشف بين يدى أمتها ولم يزل هذا الاشكال بقوله أو نسائهن لان مطلق هذا اللفظ يتناول الحرائر دون الاماء والباقى واضح والله أعلم

مستثنى الجواب

أطلق اسم السعيد ولم يقيد بالنسبة ليصح تناوله للسعيدين على ما ذكرنا والمراد من قوله وغيرهما سمرة بن

ولو كانت تحته أمة غيره فقد ذكرناه في النكاح *(فصل في الاستبراء وغيره)*
قال (ومن اشترى جارية فانه لا يقربها ولا يلمسها ولا يقبلها ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يستبرئها)

للاجمال الواقع في الآية الاخرى كما لا يخفى على من دقق النظر وحقق (قوله ولو كان تحته أمة غيره فقد ذكرناه في النكاح) يعني قوله واذا تزوج أمة فالاذن في العزل الى المولى عند أبي حنيفة رحمه الله وعن أبي يوسف ومحمد أن الاذن اليها قال في البدائع وجه قولهما أن لها حقا في قضاء الشهوة والعزل يوجب النقص فيه ولا يجوز البخس بحق الانسان من غير رضاه ووجه قول أبي حنيفة أن الكراهية في الحرة لمكان خوف فوت الولد الذي لها فيه حق والحق ههنا في الولد للمولى دون الامة وقولهما فيه نقصان قضاء الشهوة قلنا نعم لكن حقها في أصل قضاء الشهوة لا في وصف الكمال ألا يرى أن من الرجال من لا ماء له وهو يجامع امرأة من غير انزال ولا يكون لها حق الخصومة فدل هذا على أن حقها في أصل قضاء الشهوة لا في وصف الكمال انتهى وأورد عليه بعض المتأخرين حيث قال أقول انما لم يكن لها حق الخصومة لعدم صنع الزوج فيه بخلاف العزل فانه بصنعه ولهذا يحتاج الى رضاها في العزل لا فيه انتهى أقول ليس هذا بشئ لان عدم صنع الزوج فيه لا يقتضي أن لا يكون لها حق الخصومة اذ لا شك أن حقها لا يسقط بمجرد عدم صنع الزوج فيما يبطل حقها ألا يرى أن للزوجة حق الخصومة في الجب والعنة بلا خلاف وان لم يكونا بصنع الزوج فتعين أن الوجه في أن لا يكون لها حق الخصومة فيمن لا ماء له وهو يجامعها من غير انزال كون حقها في أصل قضاء الشهوة لا في وصف الكمال فكذا في العزل تدبر

(فصل في الاستبراء وغيره) قال الشراح أخر الاستبراء لانه احتراز عن وطء مقيد والمقيد بعد المطلق وقال بعض الفضلاء فان قلت أين الاحتراز عن الوطء المطلق فيما سبق قلت فهم ذلك بطريق الدلالة أو الاشارة فانه يتضمن المس فالنهي عن المس نهي عنه فلهذا عنونه بالوطء فتأمل انتهى أقول لا السؤال بشئ ولا الجواب أما الاول فلانهم ما قالوا ان الاحتراز عن الوطء المقيد بعد الاحتراز عن الوطء المطلق حتى يتوجه السؤال بأين الاحتراز عن الوطء المطلق فيما سبق بل مرادهم أن الوطء المقيد نفسه بعد الوطء المطلق نفسه فأخر ما يتعلق بالوطء المقيد وهو الاستبراء عما يتعلق بالوطء المطلق وكيف يتوهم أن يكون مرادهم أن الاحتراز عن الوطء المقيد بعد الاحتراز عن الوطء المطلق وانتفاء المقيد لا يستلزم انتفاء المطلق كما لا يخفى فأنى يتصور أن يكون الاحتراز عن الوطء المقيد بعد الاحتراز عن الوطء المطلق وأما تحقق المقيد فيستلزم تحقق المطلق في ضمنه فيصح أن يقال الوطء المقيد بعد الوطء المطلق بناء على أن المركب بعد المفرد كما صرح به في النهاية ومعراج الدراية وأما الثاني فلان مبناه على أن يكون المراد أن الاحتراز عن المقيد بعد الاحتراز عن المطلق وقد عرفت ما فيه وأيضا لا معنى لقوله فلهذا عنونه بالوطء لان النهي عن المس اذا كان نهيا عن الوطء كان العنوان بالمس عنوانا بالوطء أيضا فكان ينبغي أن لا يعنون الفصل السابق بالوطء استقلالا كما لم يذكر فيه النهي عن الوطء استقلالا ثم أقول الظاهر أن مرادهم بالوطء المطلق المذكور فيما تقدم ما في مسئلة العزل المذكورة قبيل فصل الاستبراء فان العزل أن يطأ الرجل فاذا قرب الانزال أخرج فينزل خارج الفرج وان مرادهم بالوطء المقيد ههنا ما قيد بزمان فان الوطء في الاستبراء مقيد بالزمان كما ستعرفه وفي العزل مطلق عنه وأن المراد بالوطء المذكور في عنوان الفصل السابق أيضا ما في ضمن تلك المسئلة

جندب فانه كان يقول كقول السعيد بن ذكره في التيسير (قوله ولو كانت تحته أمة غيره) فقد ذكرناها في النكاح وهو قوله اذا تزوج أمة فالاذن في العزل الى المولى عند أبي حنيفة رحمه الله وعن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ان الاذن اليها الى آخره

(فصل في الاستبراء وغيره) استبراء الجارية طلب براءة رحمها من الحمل وأوطاس موضع على ثلاثة مراحل من مكة كانت به وقعة النبي عليه السلام (قوله حتى يستبرئها الصواب بالهمزة) كذا في المغرب

(فصل في الاستبراء وغيره) أخر الاستبراء لانه احتراز عن وطء مقيد والمقيد بعد المطلق يقال استبرأ الجارية أي طلب براءة رحمها من الحمل وأوطاس موضع على ثلاث مراحل من مكة كانت به وقعة النبي صلى الله عليه وسلم الاستبراء واجب وله سبب وعلة وحكمة

(فصل في الاستبراء وغيره) (قوله لانه احتراز عن وطء مقيد والمقيد بعد المطلق) أقول فان قلت أين الاحتراز عن الوطء المطلق فيما سبق قلت فهم ذلك بطريق الدلالة أو الاشارة فانه يتضمن المس فالنهي عن المس نهي عنه فلهذا عنونه بالوطء فتأمل ثم قوله وطء مقيد أي مقيد بزمان

أما وجوبه فلحديث سبايا أوطاس ألا لا توطأ الحبالى حتى يضعن حملهن ولا الحبالى حتى يستبرأن بحيضة ووجه الاستدلال به أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن الاستمتاع أبلغ نهي مع وجود الملك المطلق له واليد الممكنة منه وذلك لا يكون الا للوجوب وأما سببه فهو استحداث الملك واليد لانه هو الموجود فى مورد النص وأما علته فهى ارادة الوطء فانه لا يحل الا فى محل فارغ فيوجب معرفة فراغه وأما حكمته فهو التعرف عن براءة الرحم صيانة للمياه المحترمة عن الاختلاط والانساب عن الاشتباه وذلك عند حقيقة الشغل أو توهمه

والاصل فيه قوله عليه السلام فى سبايا أوطاس ألا لا توطأ الحبالى حتى يضعن حملهن ولا الحيالى حتى يستبرأن بحيضة أفاد وجوب الاستبراء على المولى ودل على السبب فى المسبية وهو استحداث الملك واليد لانه هو الموجود فى مورد النص وهذا لان الحكمة فيه التعرف عن براءة الرحم صيانة للمياه المحترمة عن الاختلاط والانساب عن الاشتباه وذلك عند حقيقة الشغل أو توهم

كما نبهت عليه فى صدر ذلك الفصل (قوله ومن اشترى جارية فانه لا يقربها ولا يلمسها ولا يقبلها ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يستبرئها) أقول فى اطلاق هذه المسئلة نظر فان من اشترى جارية كانت تحت نكاحه أو كانت تحت نكاح غيره ولكن طلقها زوجها بعد أن اشتراها وقبضها أو كانت معتدة الغير فانقضت عدتها بعد أن اشتراها وقبضها لم يلزمه الاستبراء فى شئ من هذه الصور كما صرحوا به وسيظهر مما ذكروا فى حيلة الاستبراء مع أن كلا من هاتيك الصور داخلة فى اطلاق هذه المسئلة كما ترى فكان المناسب تقييدها بما يخرج تلك الصور (قوله لانه هو الموجود فى مورد النص) قال بعض الفضلاء فى الحصر كلام فان السبى من جملة ما وجد فى مورد النص وهو يصلح للسببية فان الظاهر أن المالك فى صورة البيع والهبة والخلع والكتابة يستبرئ صيانة لمائه ثم يباشر السبب فلا حاجة الى استبراء المالك حينئذ انتهى أقول كلامه ساقط اذ لا شك أن مراد المصنف حصر ما يصلح للسببية فى مورد النص فى استحداث الملك واليد فالمعنى لانه أى استحداث الملك واليد هو الموجود الصالح للسببية فى مورد النص وقول ذلك القائل وهو يصلح للسببية ممنوع فان ما ذكروه من الحكمة فيه والعلة الحقيقية انما تقتضى أن يكون السبب فيه هو استحداث الملك واليد من غير مدخل فيه للسبى كما لا يخفى على من تأمل فى تقرير المصنف فى بيان الحكمة فيه وبيان علته الحقيقية وما يكون دليلا عليها على أن تاج الشريعة قد تكفل ببيان عدم مدخلية السبى فى السببية باوضح وجه حيث قال لا يقال الموجب كونها مسبية لان كونها مسبية اضافة والاضافات لا مدخل لها فى العلة لانه لو اعتبر ذلك انسد باب القياس وانه مفتوح بالنصوص فلم يبق ههنا الا كونها ملوكة رقبة ويدا وهو المؤثر كما ذكر فى الكتاب اه ثم ان قول ذلك القائل فان الظاهر أن المالك فى صورة البيع والهبة والخلع والكتابة يستبرئ صيانة لمائه ثم يباشر السبب فلا حاجة الى استبراء المالك حينئذ ممنوع أيضا فان علة الاستبراء هى ارادة الوطء والمشترى هو الذى يريده دون البائع ولهذا يجب الاستبراء على المشترى لا على البائع كما سيأتى فى الكتاب فمن أين كان استبراء المالك قبل مباشرته السبب ظاهرا ولئن سلم كونه ظاهرا بالنظر الى ما هو اللائق بحال المسلم من صيانة مائه فذلك لا ينافى وجوب الاستبراء على المالك بناء على توهم شغل الرحم بماء محترم فان مجرد توهمه كاف فى وجوبه كما سيظهر من البيان الآتى فى الكتاب (قوله وهذا لان الحكمة فيه التعرف عن براءة الرحم صيانة للمياه المحترمة عن الاختلاط والانساب عن الاشتباه) أورد عليه صاحب الاصلاح والايضاح حيث قال يرد عليه أنهم ينكرون

(قوله أفاد وجوب الاستبراء على المولى) لان النهى عن الوطء مع الملك وهو المطلق الحاصر يدل على وجوب الاستبراء لانه لو لم يجب لما منع المالك عن استيفاء حقه والنفى أبلغ عن النهى (قوله وهو استحداث الملك واليد) لانه هو الموجود فى مورد النص يعنى أن الموجود فى مورد النص وهو قوله الا لا توطأ الحبالى ليس الا استحداث الملك واليد فيكون هو السبب ولما منع الشرع عن الوطء مع الملك لا يخلو عن حكمة وهى صيانة الماء عن الخلط بماء غيره ولا يجوز أن تكون الحكمة موجبة لان الحكمة متعقبة والعلة سابقة وذكر فخر الاسلام البزدوى رحمه الله فى المبسوط أن علة وجوب الاستبراء ارادة الوطء فانه متى أراد الوطء ولا يحل له الا فى محل فارغ يجب عليه أن يتعرف براءة الرحم حتى لا يصير ساقيا ماءه زرع غيره وفيه حكمة صيانة الولد غير ان ارادة الوطء لا يتوقف عليها حقيقة فتعذر ادارة الحكم على التمكن من الوطء فاقيم التمكن من الوطء مقام ارادة الوطء

أقول فى الحصر كلام فان السبى من جملة ما وجد فى مورد النص وهو يصلح للسببية فان الظاهر أن المالك فى صورة البيع والهبة والخلع والكتابة يستبرئ صيانة لمائه ثم يباشر السبب فلا حاجة الى استبراء المالك حينئذ نعم يلحق به الارث والوصية فتأمل

(قال المصنف والاصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام فى سبايا أوطاس ألا لا توطأ الحبالى حتى يضعن حملهن ولا الحيالى الخ) أقول جمع الحائل وهى التى لا حبل لها وقيل انما قال الحيالى لتزاوج الحبالى والقياس أن يقال الحوائل لانها جمع حائل ونظيره الغدايا والعشايا كذا فى شرح الكاكى والقياس الغدوات (قوله مع وجود الملك المطلق) أقول تأمل فى مدخلية هذا القيد فى افادة النهى الوارد على أبلغ وجه وجوب الانتهاء فانها ليست بظاهرة الا أن يقال لو لم يوجد ذلك لكان النهى لتأكيد الوجوب المعلوم سابقا (قوله وذلك لا يكون الا للوجوب) أقول أى لوجوب الانتهاء (قوله لانه هو الموجود فى مورد النص)

الشغل بماء محترم وهو أن يكون الولد ثابت النسب ويجب على المشترى لا على البائع لان العلة الحقيقية ارادة الوطء والمشترى هو الذى يريده دون البائع فيجب عليه

انعلاق الولد الواحد من ماءين لعدم امكان الاختلاط بينهما على مامر فى باب التدبير والاستيلاد فكيف بنوا ههنا حكمة الاستبراء على جوازه اهـ أقول ليس هذا بشئ اذ ليس المراد بالاختلاط المذكور فى قولهم صيانة للمياه المحترمة عن الاختلاط الاختلاط الحقيقى بل المراد به هو الاختلاط الحكمى وهو أن لا يتبين أن الولد من أى ماء انعلق يرشد اليه قول المصنف والانساب عن الاشتباه ويفصح عنه قول صاحب الكافى فى تعليل الاختلاط اذ لو وطئها قبل أن يتعرف براءة رحمها فجاءت بولد فلا يدرى أنه منه أو من غيره اهـ والذى ينكرونه انما هو اختلاط الماءين اختلاطا حقيقيا فلا تدافع بين الكلامين فى المقامين (قوله وذلك عند حقيقة الشغل أو توهم الشغل بماء محترم وهو أن يكون الولد ثابت النسب) لا يخفى على ذى فطرة سليمة أن فى مرجع ضمير هو فى قوله وهو أن يكون الولد ثابت النسب نوع اشتباه وعن هذا قد افترقت آراء الناظرين فيه فقال صاحب الغاية قوله وهو أن يكون الولد ثابت النسب أى المراد من توهم الشغل بماء محترم وهو أن يكون الولد بحيث يمكن اثبات نسبه من غيره اهـ أقول فيه خلل فان تقريره المذكور يشعر بارجاعه ضمير هو الى توهم الشغل بماء محترم وليس بسديد لان الامر فى حقيقة الشغل بماء محترم أيضا كذلك فلا وجه للتخصيص بتوهم الشغل على أنه لم يذكر ما يصحح حمل قوله أن يكون الولد ثابت النسب بالمواطأة على ضمير هو الراجع الى توهم الشغل على مقتضى تقريره ولا يتم المعنى بدون ذلك اذ لا شك أن توهم الشغل بماء محترم ليس نفس أن يكون الولد ثابت النسب حتى يصح حمله عليه بالمواطأة تامل وقال بعض الفضلاء قوله وهو أن يكون الولد ثابت النسب أى الاستبراء لان يكون الولد ثابت النسب وحذف الجار مع أن وأن قياس اهـ أقول فيه أيضا خلل فان الاستبراء مع كونه بعيدا من حيث اللفظ والمعنى عن أن يكون مرجعا لضمير هو ههنا ليس هو لان يكون الولد ثابت النسب بل لارادة الوطء نظرا الى علته ولتعرف براءة الرحم نظرا الى حكمته كما يدل عليه عبارة الكتاب فيما قبل وما بعد كيف ولو لم يدع المشترى نسب الولد الذى جاءت به المشتراة بعد أن استبرأها لم يثبت نسب ذلك الولد منه لكون فراش الامة ضعيفا على ما عرف فى محله فما معنى القول بان الاستبراء لان يكون الولد ثابت النسب فتامل وأقول فى حل المقام ان ضمير هو ههنا راجع الى ماء محترم مذكور قبيله فالمعنى وهو أى الماء المحترم بان يكون الولد ثابت النسب على حذف الجار من كلمة ان كما هو القياس على ما عرف فى علم النحو وكون الولد ثابت النسب انما يتحقق بان تكون الامة من قبل فى ملك الغير نكاحا أو يمينا فتدبر قال تاج الشريعة وانما قيده بماء محترم وان كان الحكم فى غير المحترم كذلك فان الجارية اذا كانت حاملا من الزنا لا يحل وطؤها لانه أخرج الكلام مخرج أوضاع الشرع لان وضع الشرع أن لا يكون الا فى الحلال اهـ كلامه واقتفى أثره صاحب العناية فى خلاصة هذا التوجيه حيث قال فى بيان ماء محترم بان لا يكون من بغى وقال وانما قيد بذلك وان كان الحكم فى غير المحترم كذلك فان الجارية الحامل من الزنا لا يحل وطؤها حملا للحال على الصلاح اهـ وسلك بعض المتأخرين فى توجيه التقييد بماء محترم مسلكا آخر وقصد رد التوجيه الاول حيث قال ولا يكون من بغى لما سبق فى كتاب النكاح ان نكاح المزنية ووطأها جائز بلا استبراء فاذا جاز وطؤها بلا استبراء مع تحقق

بماء محترم بان لا يكون من بغى وانما قيد بذلك وان كان الحكم فى غير المحترم كذلك فان الجارية الحامل من الزنا لا يحل وطؤها حملا للحال على الصلاح أما الحكمة فلا تصلح لاضافة الحكم اليها لتاخرها عنه

(قال المصنف وهو أن يكون الولد الخ) أقول أى الاستبراء لان يكون الولد الخ وحذف الجار مع أن وأن قياس (قال المصنف لان العلة الحقيقية ارادة الوطء) أقول لعل المراد هو التمكن الشرعى (قوله وانما قيد بذلك الى قوله على الصلاح) أقول قوله حملا تعليل لقوله وانما قيد وقوله فان الجارية تعليل لقوله كذلك (قوله ولتاخرها عنه) أقول ولبطء منها

وذلك لا يتحقق بنفس الملك انما يتحقق بالملك والقبض فان قيل ارادة الصلاة سبب لوجوب الطهارة فلذا لان ارادة الصلاة متحققة لفرضية الصلاة ولا كذلك ارادة الوطء ولا يقال الموجب كونه امسببه لان فى جعله علة سد باب القياس وأنه مفتوح بالنصوص (قوله بماء محترم) وهو أن يكون الولد ثابت النسب انما قيده بماء محترم وان كان الحكم فى غير المحترم كذلك فان الجارية اذا كانت حاملا من الزنا لا يحل وطؤها قبل الاستبراء اخراجا للكلام مخرج أوضاع الشرع تنبيها على أنه لا ينبغى أن يكون الا ما هو مشروع حسن هذا نظيره قوله عليه السلام من نام عن صلاة أو نسيها والحكم فى العمد كذلك الا أن الظاهر من حال المسلم أن

غير

غير ان الارادة أمر مبطن فيدار الحكم على دليلها وهو التمكن من الوطء والتمكن انما يثبت بالملك واليد
فانتصب سببا وأدير الحكم عليه تيسيرا فكان السبب استحداث ملك الرقبة المؤكد باليد وتعدى الحكم

الزنا فجوازه مع احتماله أولى ولا يرد عليه النقض بالجارية الحامل من الزنا فانه لا يحل وطؤها لان ذاك شغل محقق ولا يلزم من عدم حل وطئها لذلك عدم حله لشغل محتمل على أن عدم جواز وطئها ليس لاحترام الماء بل لئلا يسقى ماؤه زرع غيره كما مر فى كتاب النكاح الى هنا كلامه أقول فيه خلل من وجوه الاول ان قوله لما سبق فى كتاب النكاح ان نكاح المزنية ووطأها جائز بلا استبراء ليس بتعليل صحيح للمدعى ههنا لان جواز نكاح المزنية وجواز وطئها للزوج بلا استبراء لا يدل على جواز وطء الجارية المزنية للمتملك بلا استبراء كيف والذى سبق فى كتاب النكاح هو أنه اذا رأى امرأة تزنى فتزوجها حل له أن يطأها قبل الاستبراء عند أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد لا أحب له أن يطأها ما لم يستبرئها لانه احتمل الشغل بماء الغير فوجب التنزه كما فى الشراء ولهما أن الحكم بجواز النكاح أمارة الفراغ فلا يؤمر بالاستبراء بخلاف الشراء لانه يجوز مع الشغل فقد تلخص منه أنه لا خلاف فى وجوب الاستبراء فى الشراء مطلقا وانما الخلاف فى الاستبراء فى نكاح المزنية والكلام ههنا فى الشراء ونحوه من التملكات فلا يتم التقريب أصلا والثانى ان قوله فاذا جاز وطؤها بلا استبراء مع تحقق الزنا فجوازه مع احتماله أولى ليس بمستقيم لان مجرد احتمال الزنا لو كان مجوزا للوطء بلا استبراء لارتفع وجوب الاستبراء فى باب تملك الجارية بالكلية اذ احتمال الزنا غير منتف فى كل جارية مملوكة وان كان مراده أنه اذا جاز وطؤها بلا استبراء فى صورة النكاح مع تحقق الزنا فجوازه مع احتماله أولى فى تلك الصورة لا يتم التقريب كما لا يخفى والثالث ان قوله فى دفع النقض بالجارية الحامل من الزنا لان ذلك الشغل محقق ولا يلزم من عدم حل وطئها لذلك عدم حله لشغل محتمل انما يتم أن لو كان الاحترام فى قول المصنف بماء محترم قيدا لتوهم الشغل فقط لا لمجموع حقيقة الشغل وتوهم الشغل معا والظاهر من كلام المصنف أن يكون قيدا للمجموع وقد أفصح عنه ذلك البعض من قبل حيث قال فى شرح قول المصنف وهو أن يكون الولد ثابت النسب وهو أى احترام الماء سواء اشتغل به الرحم حقيقة أو توهما أن يكون الولد الحاصل منه ثابت النسب اه فاذا كان قيدا للمجموع يرد النقض بالجارية الحامل من الزنا فان رحمها مشتغل حقيقة بماء غير محترم مع وجوب الاستبراء فيها أيضا والرابع أن قوله على أن عدم جواز وطئها ليس لاحترام الماء بل لئلا يسقى ماؤه زرع غيره كما مر فى كتاب النكاح مما لا حاصل له ههنا فان مدار النقض المذكور على عدم احترام الماء فى الحامل من الزنا حيث وجب الاستبراء فى الجارية الحامل من الزنا أيضا مع عدم احترام الماء فيها فانتقض بها التقييد بماء محترم عكسا والقول بان عدم جواز وطئها ليس لاحترام الماء فيها لا يدفع النقض بل يؤيده كما لا يخفى (قوله غير أن الارادة أمر مبطن فيدار الحكم على دليلها وهو التمكن من الوطء) قال صاحب العناية فى بيان هذا فان صحيح المزاج اذا تمكن منه أراده ورد عليه بعض الفضلاء حيث قال فيه بحث فان غير صحيح المزاج ممنوع أيضا عن الوطء ودواعيه وقال ولعل الاولى أن يقول فان الظاهر أن المتمكن منه يريده والتمكن انما يثبت الخ والمراد من التمكن هو التمكن الشرعى انتهى أقول كل من ايراده وما اختاره ليس بتام أما الاول فلان كون غير صحيح المزاج ممنوعا أيضا عن الوطء ودواعيه ممنوع فان غير صحيح المزاج عاجز عن الوطء والمنع عن الشىء انما يكون عند القدرة عليه ألا يرى أنه لا معنى لان يقال الاعمى ممنوع عن النظر الى المحرمات وعن هذا قال تاج الشريعة فى بيان ان الاستبراء يجب على المشترى لا على البائع لان الشارع نهى عن الوطء والنهى انما يستقيم عند تمكن الوطء والتمكن للمشترى لانه هو المتملك لا على البائع لانه معرض انتهى وأما الثانى فلانه كيف يكون المراد من التمكن ههنا هو التمكن

لا تفوته الصلاة عمدا ولا ينبغى أن لا يكون كذلك فلهذا قيد بالنوم والنسيان فكذلك ههنا (قوله والخلع والكتابة) بان جعل الامة بدل الخلع أو بدل الكتابة (قوله وغير ذلك) بان يملكها بالصدقة أو بجناية دفعت

وأما العلة ههنا فكذلك لان الارادة أمر مبطن لا يطلع عليه لان بعض من يستحدث الملك قد لا يريد ذلك فيدار الحكم على دليل الارادة وهو التمكن من الوطء فان صحيح المزاج اذا تمكن منه أراده والتمكن انما يثبت بالملك واليد فانتصب سببا وأدير الحكم عليه وجودا وعدما تيسيرا هذا فى السببية ثم تعدى الحكم الى سائر أسباب الملك كالشراء والهبة والوصية والميراث والخلع بان جعلت الامة بدل الخلع والكتابة بان جعلت الامة بدلا فيهما فان قيل الوجوب ورد فى المسبية على خلاف القياس لتحقق المطلق كما ذكرتم فهلا يقتصر عليها فالجواب أن غيرها فى معناها حكمة وعلة وسببا فالحق بها دلالة

(قال المصنف وأدير الحكم عليه) أقول وجودا وعدما كما يجىء فى هذه الصحيفة (قوله فان صحيح المزاج اذا تمكن منه الخ) أقول فيه بحث فان غير صحيح المزاج ممنوع أيضا عن الوطء ودواعيه ولعل الاولى أن يقول فان الظاهر أن المتمكن منه يريده والتمكن انما يثبت الخ والمراد من التمكن هو التمكن الشرعى

واذا ظهر هذا قلنا وجب على المشترى من مال الصبي بان باع أبوه أو وصيه وان كان لا يتحقق الشغل شرعا فيحتاج الى التعرف عن البراءة ومن المرأة والمملوك المأذون له فى التجارة وممن لايحل له وطؤها لكونها أخته رضاعا أو ورثها وهى موطوءة أبيه وكذا اذا كانت بكرا لتحقق السبب وهو استحداث الملك واليد ولا يجتزأ بالحيضة التى اشتراها فى أثنائها وقال أبو يوسف رحمه الله يجتزأ بها لحصول المقصود وهو تعرف البراءة ولا بالتى حصلت بعد الاستحداث بسبب من الاسباب قبل القبض ولا بالولادة الحاصلة بعدها أى بعد أسباب الملك قبل القبض لتحقق ذلك قبل تمام السبب لان السبب استحداث الملك واليد وهى انما تكون بالقبض ولا معتبر بالحكم قبل السبب ومابعده واضح وقوله (لما قلنا) اشارة الى قوله لان السبب استحداث الملك واليد والحكم لايسبق السبب (ولا يجب الاستبراء على الآبقة) يعنى التى أبقت فى دار الاسلام ثم رجعت الى مولاها فان أبقت الى دار الحرب ثم عادت اليه بوجه من الوجوه فكذلك عند أبى حنيفة رحمه الله لانهم لم يملكوها فلم يحدث الملك وعندهما يجب عليه الاستبراء لانهم

قوله وقال أبو يوسف يجتزأ بها) أقول الاولى تأخيره عن قوله ولا بالولادة (قوله اشارة الى قوله لان السبب استحداث الملك الخ) أقول فان قيل المشترى شراء فاسدا يملك بالقبض على مامر فالسبب موجود فيه قلنا المطلق ينصرف الى الكامل فالمراد استحداث الملك الصحيح

الى سائر أسباب الملك كالشراء والهبة والوصية والميراث والخلع والكتابة وغير ذلك وكذا يجب على المشترى من مال الصبي ومن المرأة والمملوك وممن لايحل له وطؤها وكذا اذا كانت المشتراة بكرا لم توطأ لتحقق السبب وادارة الاحكام على الاسباب دون الحكم لبطونها فيعتبر تحقق السبب عند توهم الشغل وكذا لايجتزأ بالحيضة التى اشتراها فى أثنائها ولا بالحيضة التى حاضتها بعد الشراء أو غيره من أسباب الملك قبل القبض ولا بالولادة الحاصلة بعدها قبل القبض خلافا لابى يوسف رحمه الله لان السبب استحداث الملك واليد والحكم لايسبق السبب وكذا لايجتزأ بالحاصل قبل الاجازة فى بيع الفضولى وان كانت فى يد المشترى ولا بالحاصل بعد القبض فى الشراء الفاسد قبل أن يشتريها شراء صحيحا لما قلنا (ويجب فى جارية للمشترى فيها شقص فاشترى الباقى) لان السبب قد تم الآن والحكم يضاف الى تمام العلة ويجتزأ بالحيضة التى حاضتها بعد القبض وهى مجوسية أو مكاتبة بأن كاتبها بعد الشراء ثم أسلمت المجوسية أو عجزت المكاتبة لوجودها بعد السبب وهو استحداث الملك واليد اذ هو مقتضى للحل والحرمة لمانع كما فى حالة الحيض (ولا يجب الاستبراء اذا رجعت الآبقة أو ردت المغصوبة أو المؤاجرة) أو فكت المرهونة لانعدام السبب وهو استحداث الملك واليد وهو

الشرعى والظاهر أن التمكن الشرعى مما هو محرم شرعا غير متصور والوطء قبل الاستبراء محرم قطعا ولاشك أن علة الاستبراء متقدمة عليه فلابد أن يكون دليلها أيضا متقدما عليه والمفروض أنه هو التمكن من الوطء فلو كان المراد من ذلك التمكن هو التمكن الشرعى دون التمكن الطبعى لزم أن يتمكن من المحرم الشرعى تمكنا شرعيا وهو ظاهر المحذور وتامل (قوله وكذا يجب على المشترى من مال الصبي ومن المرأة والمملوك وممن لايحل له وطؤها وكذا اذا كانت المشتراة بكرا لم توطأ لتحقق السبب وادارة الاحكام على الاسباب دون الحكم لخفائها) وعن هذا قالوا ان الحكمة تراعى فى الجنس لا فى كل فرد واعترض عليه صدر

اليه حيث يجب على ولى الجناية الاستبراء (قوله وكذلك يجب على المشترى من مال الصبى) بان باعها أبوه أو وصيه (قوله والمملوك) بان اشترى من العبد المأذون أو المكاتب فان اشتراها المولى من عبد له تاجر يجب عليه الاستبراء عند أبى حنيفة رحمه الله فى جواب الاستحسان وصورة ذلك ماذكر فى المبسوط فان اشتراها من عبد له تاجر فلا استبراء عليه ان كانت قد حاضت حيضة بعد ما اشتراها العبد ولا دين عليه لان المولى ملك رقبتها من وقت شراء العبد وقد حاضت بعد ذلك حيضة فيكتفى بذلك من الاستبراء كما لو اشتراها له وكيله فحاضت فى يد الوكيل حيضة فان كان على العبد دين يحيط برقبته وبما فى يده فكذلك الجواب عند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله لان عندهما دين العبد لايمنع ملك المولى فى كسبه ولهذا لو أعتقه جاز عتقه فاما عند أبى حنيفة رحمه الله ففى القياس كذلك لان العبد ليس من أهل أن يثبت له عليها ملك الحل بسبب ملك الرقبة ولا يثبت ذلك للغرماء أيضا بسبب دينهم والمولى أحق بها حتى يملك استخلاصها لنفسه بقضاء الدين من موضع آخر فاذا حاضت بعد ما صار المولى أحق بها يجتزأ بتلك الحيضة من الاستبراء ولكنه استحسن فقال عليه أن يستبرئها بعد ما يشتريها من العبد لانه قبل الشراء كان لايملك رقبتها عنده حتى اذا أعتقها لم ينفذ عتقه فانما حدث له ملك الحل بسبب ملك الرقبة حين اشتراها فعليه أن يستبرئها (قوله وممن لايحل له وطؤها) بان كانت الجارية أخت البائع من الرضاع أو كان البائع وطئ أمها أو وطئها أبوه أو ابنه (قوله فيعتبر تحقق السبب عند توهم الشغل) أما فى حق المكاتب والمأذون فظاهر وكذا اذا كانت بكرا لان الشغل بالبكارة محتمل أما اذا كانت لصغير أو لامرأة فتوهم الشاغل ثابت أيضا بنكاح أو سفاح (قوله خلافا لابى يوسف رحمه الله) فان عنده يجتزأ بتلك الحيضة للتيقن بفراغ الرحم كما لو طلقها قبل الدخول لا تجب العدة لذلك (قوله ولا يجب الاستبراء اذا رجعت الآبقة) أى فيما اذا أبقت ولم تخرج من دار الاسلام وأما لو أبقت ودخلت دار الحرب ثم أخرجت الى دار الاسلام بغنيمة

سبب متعين فادير الحكم عليه وجودا وعدما ولها نظائر كثيرة كتبناها في كفاية المنتهى واذا ثبت وجوب الاستبراء وحرمة الوطء حرم الدواعي لافضائها اليه أو لاحتمال وقوعها في غير الملك على اعتبار ظهور الحبل ودعوة البائع بخلاف الحائض حيث لا تحرم الدواعي فيها لانه لا يحتمل الوقوع في غير الملك ولانه زمان نفرة فالاطلاق في الدواعي لا يفضي الى الوطء والرغبة في المشتراة قبل الدخول أصدق الرغبات فتفضي اليه

الشريعة في شرح الوقاية وأجاب حيث قال يرد عليه أن الحكمة لا تراعى في كل فرد ولكن تراعى في الانواع المضبوطة فاذا كانت الامة بكرا أو مشتراة ممن لا يثبت نسب ولدها منه ينبغي أن لا يجب الاستبراء لان عدم الشغل بالماء المحترم متيقن في هذه الانواع والجواب أنه انما يثبت بالنص لقوله عليه السلام في سبايا أوطاس ألا لا توطأ الحبالى حتى يضعن حملهن ولا الحيالى حتى يستبرأن بحيضة فان السبايا لا تخلو من أن يكون فيها بكر أو مسبية من امرأة ونحو ذلك ومع هذا حكم النبي صلى الله عليه وسلم حكما عاما فلا يختص بالحكمة فاذا ثبت الحكم في السبي على العموم ثبت في سائر أسباب الملك كذلك قياسا فان العلة معلومة ثم تايد ذلك بالاجماع الى هنا كلامه وأجاب صاحب الاصلاح والايضاح عن الاعتراض المذكور بوجه آخر فقال ان توهم الشغل ثابت في البكر وفي المشتراة ممن لا يثبت نسب ولدها منه أما في الاولى فلان احتمال وصول الماء الى الرحم قائم بدون زوال العذرة وأما في الثانية فلما ذكر في الكافي من أن المعتبر التوهم سواء كان من المالك أو من غيره ورد الجواب الذي ذكره صدر الشريعة بان الاعتراض المذكور ليس على الحكم حتى يندفع ببيان وجه ثبوته عاما بل على الحكمة بانها لا تصلح حكمة لعدم اطرادها بحسب الانواع المضبوطة انتهى وقال بعض المتأخرين بعد نقل ذلك الرد هذا الرد مردود لان مبنى الجواب المذكور على أن وجوب رعاية الحكمة في الانواع ليس الحكم تلك الانواع لا لتكون الحكمة حكمة فحاصله أن الحكم عام لتلك الانواع ههنا بالحديث فلا حاجة الى ثبوت الحكمة فيها اهـ أقول ليس هذا بشيء فان شرع الصانع الحكيم لا يخلو عن الحكمة والفائدة فمنها ما لا يتيسر وقوف البشر عليه ومنها ما يتيسر ذلك ولما كان ما نحن فيه من قبيل الثاني تعرض الفقهاء قاطبة لبيان الحكمة فيه فقالوا انها تعرف براءة الرحم صيانة للمياه المحترمة عن الاختلاط والانساب عن الاشتباه وذلك عند حقيقة الشغل أو توهم الشغل بماء محترم وهذا لا ينافي ثبوت عموم الحكم بدليل من الادلة الشرعية فان الدليل الشرعي في كل حكم شرعي مما لا بد منه وهو غير الحكمة فيه ولا يدفع الحاجة الى ثبوت الحكمة فيه فقوله فحاصله أن الحكم عام لتلك الانواع ههنا بالحديث فلا حاجة الى ثبوت الحكمة فيها خروج عن سنن الصواب جدا فان مآله الاعتراف بعدم صلاحية ما عده أساطين الفقهاء حكمة في هذه المسئلة لان يكون حكمة فيها وهذا مما لا يتجاسر عليه المتشرع ثم أقول بقي شيء آخر في جواب صدر الشريعة وهو أن قوله فاذا ثبت الحكم في السبي على العموم ثبت في سائر أسباب الملك كذلك قياسا ليس بتام فان النص ورد في المسبية على خلاف القياس لتحقق المطلق للاستمتاع بها وهو الملك كما صرح به في العناية وغيرها وشرط القياس أن لا يكون حكم الاصل معدولا عن سنن القياس كما عرف في علم الاصول فأنى يتيسر اثبات الحكم في سائر أسباب الملك بطريق القياس فالوجه أن يقال دلالة بدل قوله قياسا

أو بشراء وأخذها المولى قال أبو حنيفة رحمه الله لا يجب عليه الاستبراء وقال صاحباه يجب كذا في فتاوى قاضيخان رحمه الله (قوله ولها نظائر كثيرة) منها اذا كاتب أمة ثم عجزت وردت في الرق لا يلزمه الاستبراء وكذلك اذا باعها على انه بالخيار ثلاثة أيام وسلم الى المشتري ثم أبطل البيع في مدة الخيار ومنها لا يلزمه الاستبراء اذا أودعها ثم استردها وكذا اذا أعارها ثم استردها (قوله وعنه شهران وخمسة أيام) كان يقول أولا أربعة أشهر وعشرة أيام اعتبارا بعدة الوفاة في الحرة ثم رجع وقال شهران وخمسة أيام اعتبارا بعدة وفاة الامة وعليه الفتوى لانه متى صلحت هذه المدة للتعرف عن شغل يتوهم بالنكاح في الاماء فلان يصلح للتعرف عن شغل يتوهم بملك اليمين وهو دونه أولى

ملكوها وقوله (حرم الدواعي لافضائها اليه) أي الى الوطء كما اذا ظاهر من امرأته فانه حرم وطؤها وحرم دواعيه لافضائها اليه

وقوله (ولم يذكر الدواعي في المسبية) يعني في ظاهر الرواية وعن محمد رحمه الله أنها لا تحرم واستشكل ذلك حيث تعدى الحكم من الاصل هي المسبيه الى الفرع وهو غيرها بتغيير حيث حرمت الدواعي في غير المسبية دونها وأجيب بان ذلك باعتبار اقتضاء

ولم يذكر الدواعي في المسبية وعن محمد أنها لا تحرم لانها لا يحتمل وقوعها في غير الملك لانه لو ظهر بها حبل لا تصح دعوة الحربي بخلاف المشتراة على ما بينا (والاستبراء في الحامل بوضع الحمل) لما روينا (وفي ذوات الاشهر بالشهر) لانه أقيم في حقهن مقام الحيض كما في المعتدة واذا حاضت في أثنائه بطل الاستبراء بالايام للقدرة على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل كما في المعتدة فان ارتفع حيضها تركها حتى اذا تبين أنها ليست

فان الشرط المذكور منتف في الدلالة فيستقيم المعنى تبصر (قوله ولم يذكر الدواعي في المسبية وعن محمد أنها لا تحرم) قال في العناية واستشكل ذلك حيث تعدى الحكم من الاصل وهي المسبية الى الفرع وهو غيرها بتغيير حيث حرمت الدواعي في غير المسبية دونها وأجيب بان ذلك باعتبار اقتضاء الدليل المذكور في الكتاب وفيه نظر من وجهين أحدهما أن التعدي ان كان بالقياس فالجواب المذكور غير دافع لان عدم التغيير شرط القياس كما عرف في موضعه وانتفاء الشرط يستلزم انتفاء المشروط والثاني أن ما دل على حرمة الدواعي في غير المسبية أمران الافضاء والوقوع في غير الملك فان لم تحرم بالثاني فلتحرم بالاول اذ الحرمة تؤخذ بالاحتياط ويمكن أن يجاب عنه بان التعدية ههنا بطريق الدلالة كما تقدم ولا يبعد أن يكون للاحق دلالة حكم الدليل لم يكن للملحق به لعدمه والدليل هنا أن حرمة الدواعي في هذا الباب مجتهد فيه ولم يقل بها الشافعي وأكثر الفقهاء فلما كان علتها في المسبية أمرا واحدا لم تعتبر ولما كان في غيرها أمران تعاضدا اعتبرت الى هنا لفظ العناية أقول في قوله فلما كان علتها في المسبية أمرا واحدا لم تعتبر نظر فان العلة اذا كانت علة صحيحة تامة فوحدتها لا تنافي اعتبارها ولا تضر بالعمل بها وان كان الحكم مما وقع الاجتهاد في خلافه كيف ولم ينقل عن أحد أن العلة الواحدة لا تكفي في المسائل الخلافية بل نرى كثيرا من الخلافيات قد اكتفوا فيها بعلة واحدة والحرمة مما يؤخذ فيه بالاحتياط فكان الاكتفاء فيها بعلة واحدة أولى والظاهر أن الافضاء الى الحرام علة صحيحة تامة واهذا قالوا في تعليل حرمة الدواعي قبل الاستبراء في غير المسبية لافضائها الى الوطء الحرام أو لاحتمال وقوعها في ملك الغير ولا شك أن كلمة أو تدل على استقلال كل واحدة من العلتين واكتفوا في تعليل حرمة الدواعي في كثير من المسائل بالعلة الاولى كما في الظهار والاعتكاف والاحرام وفي المنكوحة اذا وطئت بشبهة كما سيجيء في الكتاب هذا وقد أورد بعض المتأخرين على قول صاحب العناية ويمكن أن يجاب عنه بان التعدية هنا بطريق الدلالة كما تقدم ولا يبعد أن يكون للاحق دلالة حكم الدليل لم يكن للملحق به لعدمه حيث قال بعد نقل ذلك ولا يخفى أن كون هذا من قبيل الدلالة دون القياس غير مسلم انتهى أقول ليس هذا بمستقيم أما أولا فلان المنع وظيفة المجيب فان حاصل جوابه منع كون التعدية فيما نحن فيه بطريق القياس حتى يلزم المحذور المذكور في النظر وهو تعدية الحكم من الاصل الى الفرع بتغيير كما عرف في علم الاصول والاستناد بانها يجوز أن تكون بطريق الدلالة ولا استحالة للتغيير في هذا الطريق فمقابلة منعه بمنع كون هذا من قبيل الدلالة دون القياس خروج عن قواعد آداب المناظرة وأما ثانيا فلان منع كون التعدية فيما نحن فيه من قبيل الدلالة دون القياس ساقط جدا اذ قد تقرر في أصول الفقه أن من شرط القياس أن لا يكون حكم الاصل معدولا عن القياس وقد ذكر صاحب العناية فيما مر أن حكم الاستبراء ثابت على خلاف القياس لتحقق الملك المطلق للاستمتاع فلا مجال للقياس فيه وانما يتيسر الالحاق بطريق الدلالة وقد أشار اليه ههنا بقوله كما تقدم فلا وجه للمنع المذكور بعد ذلك ثم ان لذلك البعض في هذا المقام كلمات أخرى واهية يطول بذكرها الكلام بلا طائل فصفحنا عن التعرض لها رواما للاختصار (قوله بخلاف المشتراة على ما بينا) قال صاحب العناية قوله على ما بينا اشارة الى قوله والرغبة في المشتراة أصدق الرغبات انتهى وتبعه العيني أقول

الدليل المذكور في الكتاب وفيه نظر من وجهين أحدهما أن التعدي ان كان بالقياس فالجواب المذكور غير دافع لان عدم التغيير شرط القياس كما عرف في موضعه وانتفاء الشرط يستلزم انتفاء المشروط والثاني أن ما دل على حرمة الدواعي في غير المسبية أمران الافضاء والوقوع في غير الملك فان لم تحرم بالثاني فلتحرم بالاول اذ الحرمة تؤخذ بالاحتياط ويمكن أن يجاب عنه بان التعدية هنا بطريق الدلالة كما تقدم ولا يبعد أن يكون للاحق دلالة حكم الدليل لم يكن للملحق به لعدمه والدليل ههنا أن حرمة الدواعي في هذا الباب مجتهد فيه ولم يقل بها الشافعي وأكثر الفقهاء رحمهم الله فلما كان علتها في المسبية أمرا واحدا لم تعتبر ولما كان في غيرها أمران تعاضدا اعتبرت قوله (على ما بينا) اشارة الى قوله والرغبة في المشتراة أصدق الرغبات وقوله لما روينا اشارة الى قوله عليه الصلاة والسلام ولا الحبالى حتى يضعن حملهن وقوله (فان ارتفع حيضها) أي امتد طهرها في أوان الحيض ترك وطؤها حتى اذا تبين أنها ليست بحامل

جامعها لان المقصود تعرف براءة الرحم وقد حصل بمضي مدة تدل

بحامل

قوله ولا يبعد أن يكون للاحق دلالة حكم الدليل أقول لم لا يجوز مثل ذلك في القياس فانه يكون بدليل آخر وليس بتغيير ليستلزم فقدان شرط القياس فليتأمل (قوله وقوله على ما بينا اشارة الى قوله والرغبة الخ) أقول بل اشارة الى قوله ولاحتمال وقوعها في غير الملك على اعتبار ظهور

حامل وقع عليها وليس فيه تقدير فى ظاهر الرواية وقيل يتبين بشهرين أو ثلاثة وعن محمد أربعة أشهر وعشرة أيام وعنه شهران وخمسة أيام اعتبارا بعدة الحرة والامة فى الوفاة وعن زفر سنتان وهو رواية عن أبى حنيفة قال (ولا بأس بالاحتيال لاسقاط الاستبراء عند أبى يوسف خلافا لمحمد) وقد ذكرنا الوجهين فى الشفعة والمأخوذ قول أبى يوسف فيما اذا علم أن البائع لم يقربها فى طهرها ذلك وقول محمد فيما اذا قربها والحيلة اذا لم يكن تحت المشترى حرة أن يتزوجها قبل الشراء ثم يشتريها ولو كانت فالحيلة أن يزوجها البائع قبل الشراء أو المشترى قبل القبض ممن يوثق به ثم يشتريها ويقبضها أو يقبضها ثم يطلق الزوج لان عند وجود السبب وهو استحداث الملك المؤكد بالقبض

هذا خبط ظاهر اذ لا فرق بين المسبية والمشتراة فى كون الرغبة فى كل واحدة منهما أصدق الرغبات فكيف يصح أن يشير المصنف فى بيان الخلاف بينهما الى ما لا فرق بينهما فيه أصلا وانما الصواب أن قوله على ما بينا اشارة الى قوله أولا احتمال وقوعها فى غير الملك على اعتبار ظهور الحبل ودعوة البائع اذ هو الفارق بين المسبية والمشتراة كما يدل عليه قطعا قوله لانه لا يحتمل وقوعها فى ملك الغير لانه لو ظهر بها حبل لا تصح دعوة الحربى اه (قوله والاستبراء فى الحامل بوضع الحمل لما رويناه) قال صاحب العناية وقوله لما روينا اشارة الى قوله عليه السلام ولا الحبالى حتى يضعن حملهن انتهى أقول قد سها الشارح المذكور فى لفظ الحديث الذى رواه المصنف فيما مر حيث قال ولا الحبالى حتى يضعن حملهن مع أن لفظه ألا لا توطأ الحبالى حتى يضعن حملهن ولا الحيالى حتى يستبرأن ولعمرى ان هذا كان أظهر من أن يخفى فكان السهو وقع من طغيان القلم فالله خير حافظا (قوله والحيلة اذا لم يكن تحت المشترى حرة أن يتزوجها قبل الشراء ثم يشتريها) قال بعض المتأخرين أطلق المسئلة ولم يقيدها بكون القبض قبل الشراء لا بعده مع وجوب هذا التقييد قال الامام قاضيخان فى فتاواه فى تصوير المسئلة اذا أراد أن يشترى الجارية يتزوجها المشترى قبل الشراء اذا لم يكن فى نكاحه حرة ثم يسلمها اليه المولى ثم يشترى فلا يجب عليه الاستبراء ثم قال وانما شرط تسليم الجارية قبل الشراء كيلا يوجد القبض بحكم الشراء بعد فساد النكاح يريد أنه يتحقق حينئذ سبب وجوب الاستبراء وهو حدوث الملك المؤكد بالقبض وقت عدم كون فرجها حلالا له بخلاف ما لو سلمها قبل الشراء فان القبض السابق بحكم التزوج وان عرض له كونه قبضا بحكم الشراء الى هنا كلام ذلك البعض أقول فيه خلل أما أولا فلانه جزم بوجوب تقييد هذه المسئلة بكون القبض قبل الشراء لا بعده واستشهد عليه بما ذكره الامام قاضيخان فى فتاواه وليس بتام فان ما ذكره الامام قاضيخان انما هو قول بعض المتأخرين من المشايخ ومختار نفسه وأما عامة المشايخ فلم يشترطوا فى هذه المسئلة كون القبض قبل الشراء وعن هذا قال فى الذخيرة والمحيط البرهانى وان لم تكن تحت المشترى حرة فلاسقاط الاستبراء حيلة أخرى وهى أن يتزوجها المشترى قبل الشراء ثم يشتريها ويقبضها فلا يلزمه الاستبراء لان النكاح يثبت له عليها الفراش فانما اشتراها وهى فى فراشه وقيام الفراش له عليها دليل شرعى على فراغ رحمها من ماء الغير انتهى والمصنف قد اختار قول هؤلاء فلذلك أطلق المسئلة ولم يقيدها بكون القبض قبل الشراء وأما ثانيا فلان قوله يريد أنه يتحقق حينئذ سبب وجوب الاستبراء وهو حدوث الملك المؤكد بالقبض وقت عدم كون فرجها حلالا له ليس بسديد لان حدوث الملك المؤكد بالقبض وقت عدم كون فرجها حلالا له لا يوجب الاستبراء بل يقتضى سقوط الاستبراء ألا يرى الى قول المصنف فيما بعد لان عند وجود السبب وهو استحداث الملك المؤكد بالقبض اذا لم يكن فرجها حلالا لا يجب الاستبراء وان حل بعد ذلك وكان الصواب أن يقول وهو حدوث الملك المؤكد بالقبض بعد أن لم يكن فرجها حلالا له بفساد النكاح بتلك اليمين تأمل تقف ثم قال ذلك البعض ثم ان صاحب الكافى سلك طريقة المصنف ولم

(قوله ممن يوثق به) لانه اذا لم يوثق به ربما لا يطلقها فلا يحصل المقصود وفى فتاوى قاضيخان رحمه الله واذا اشترى جارية وأراد أن يزوجها قبل القبض وخاف أنه لو زوجها من عبده أو أجنبى ربما لا يطلقها الزوج فالحيلة له أن يزوجها على أن يكون أمرها بيده يطلقها متى شاء

على أن الحبل لو كان اظهر وليس فيها تقديره فى ظاهر الرواية عن أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله الا أن مشايخنا رحمهم الله قالوا يتبين ذلك بشهرين أو ثلاثة على ما ذكر فى الكتاب الخ قيل والاول أصح وهو أن يتركها شهرين أو ثلاثة لظهور الحبل فى ذلك غالبا وقوله (ثم يشتريها ويقبضها أو يقبضها) لف ونشر يعنى يشتريها ويقبضها اذ زوجها البائع أو يقبضها اذا زوجها المشترى قبل القبض وقيد بقوله ممن يوثق به لانه اذا لم يوثق به ربما لا يطلقها فكان احتيالا عليه لا له والحيلة فى تمشية هذه الحيلة أن يزوجها على أن يكون أمرها بيده يطلقها متى شاء وقيد بقوله ثم يطلق الزوج يعنى بعد القبض لانه ان طلقها قبله كان على المشترى الاستبراء اذا قبضها فى أصح الروايتين عن محمد رحمه الله لانه اذا طلقها قبل القبض فاذا قبضها والقبض بحكم العقد بمنزلة العقد صار كأنه اشتراها فى هذه الحالة وليست فى نكاح ولا عدة فيلزمه الاستبراء

الحبل ودعوة البائع فان بذلك يظهر الفرق بين المسبية والمشتراة ولا وجه لجعله اشارة الى ما ذكره كما لا يخفى

اذا لم يكن فرجها حلالا له لا يجب الاستبراء وان حل بعد ذلك لان المعتبر أوان وجود السبب كما اذا كانت معتدة الغير قال (ولا يقرب المظاهر ولا يلمس ولا يقبل ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يكفر) لانه لما حرم الوطء الى أن يكفر حرم الدواعي للافضاء اليه لان الاصل أن سبب الحرام حرام كما في الاعتكاف والاحرام وفي المنكوحة اذا وطئت بشبهة بخلاف حالة الحيض والصوم لان الحيض يمتد شطر عمرها والصوم يمتد شهرا فرضا وأكثر العمر نفلا ففي المنع عنها بعض الحرج ولا كذلك ما عددناه لقصور مددها وقد صح أن النبي عليه السلام كان

يلتفت الى هذا الشرط الا أنه صور المسئلة بصورة تأخير التسليم تنصيصا على عدم الاشتراط به وعامل المسئلة عائد على سقوط الاستبراء في الصورتين معا فقال والحيلة ان لم تكن تحت المشتري حرة أن يتزوجها قبل الشراء ثم يشتريها فيقبضها فلا يلزم الاستبراء لان بالنكاح ثبت له عليها الفراش وانما اشتراها وهي فراشه وقيام الفراش له عليها دليل شرعي على تبين فراغ رحمها من ماء الغير ثم الحل له لم يتجدد بملك الرقبة لانها كانت حلالا له بالنكاح قبل ذلك انتهى فان قلت لا نسلم عدم تجدد الحل بملك اليمين فانها وان كانت حلالا له بالنكاح الا أنه زال ذلك بزواله بالشراء فزمان الشراء خال عن الحل أما عن الحل الحاصل بالنكاح فظاهر لانه زمان زواله وأما عن الحل الحاصل بملك اليمين فلانه يستعقبه الشراء فان المشتري ما لم يفرغ عن التلفظ بلفظ اشتريت بعد ايجاب البائع لم يحصل له الحل قلت هذه مغالطة لان وجود العلة يقارن وجود المعلول لا يستعقبه فزمان التلفظ بالحرف الاخير في اشتريت هو زمان وجود الشراء والحل وزوال النكاح لا يقال سلمنا أن نوع الحل مستمر ولا يوجد زمان خال عن الحل ولم يحدث نوع الحل الا أنه حدث حل هو أثر ملك اليمين وذلك كاف في وجوب الاستبراء لانا نمنع ذلك بل الواجب حصول الحل بملك اليمين بعد أن لم تكن حلالا له بسبب من الاسباب هذا غاية توجيه كلامه لكنه بعد محل نظر اذ لقائل أن يقول الشراء سبب الملك وحل الوطء حكمه وحكم الشيء يتعقبه فزمان وجود الملك خال عن الحل مطلقا فيجب الاستبراء تقدم التسليم أولا فلم يصلح ما ذكره حيلة لاسقاطه أصلا فتأمل فان هذا من المطارح الى هنا لفظ ذلك البعض أقول ما أورده في خاتمة كلامه ليس بشيء فانه ان أراد بقوله وحكم الشيء يتعقبه أنه يتعقبه زمانا البتة فهو ممنوع جدا وان أراد به أنه يتعقبه ذاتا أي يتوقف عليه فهو مسلم ولكن لا يلزم منه أن يكون زمان وجود الملك خاليا عن الحل مطلقا وبالجملة لزوم تأخر حكم الشيء عن الشيء زمانا ممنوع ولزوم تأخره عنه ذاتا مسلم ضرورة كون حكم الشيء متفرعا عليه ولكن لا يلزم منه خلو زمان ما عن الحل مطلقا فيما نحن فيه حتى يجب الاستبراء (قوله لان الحيض يمتد شطر عمرها) قال صاحب النهاية أي يقرب من شطر عمرها وهو عشرة أيام في كل شهر فكان قريبا من خمسة عشر يوما وهي نصف الشهر انتهى واقتفى أثره صاحب الكفاية وقال صاحب معراج الدراية أي قريب شطر عمرها وهو الثلث أو المراد البعض انتهى وقال صاحب العناية بعد نقل ما في النهاية وفيه نظر لانه يشير الى أن الشطر هو النصف ويتقوى بذلك استدلال الشافعي علينا بالحديث على أن أكثر الحيض خمسة عشر يوما انتهى أقول نظره ساقط جدا فان الحديث الذي استدل به الشافعي علينا هو قوله عليه السلام في نقصان دين المرأة تقعد احداهن شطر عمرها لا تصوم ولا تصلي ووجه استدلاله أن المراد به زمان الحيض والشطر هو النصف فكان أكثر مدة الحيض خمسة عشر يوما وقال الشراح هناك حتى صاحب العناية نفسه ليس المراد بالشطر في الحديث حقيقته لان في عمرها زمان الصغر ومدة الحبل وزمان الاياس ولا تحيض في شيء من ذلك فعرفنا أن المراد به ما يقارب الشطر واذا قدرنا العشرة بهذا الاعتبار كان مقاربا للشطر وحصل التوفيق انتهى فظهر من ذلك أنه اذا كان الشطر هو النصف كما أشار اليه صاحب النهاية بل هذا ونص عليه الجوهري في صحاحه والمطرزي في المغرب لا يتقوى استدلال الشافعي علينا بالحديث المذكور بل لا يتمشى استدلاله به علينا أصلا حيث لم

(قوله كما اذا كانت معتدة الغير) يعني اذا اشترى أمة معتدة وقبضها وانقضت عدتها بعد القبض لا يجب الاستبراء لان عند استحداث الملك المؤكد بالقبض لم يكن فرجها حلالا للمشتري فلما لم يجب الاستبراء وقت استحداث الملك لم يجب بعده لعدم تجدد السبب (قوله لان الحيض يمتد شطر عمرها) أي قريبا من شطر عمرها

وقوله (اذا لم يكن فرجها حلالا له لا يجب الاستبراء) لان القبض اذ ذاك ليس بممكن من الوطء والممكن منه جزء العلة ألا ترى أن تزويج المشتري وان كان قبضا حكما لم يعتبر لكونه مزيلا للتمكن وقوله (كما اذا كانت معتدة الغير) يعني اذا اشترى أمة معتدة وقبضها وانقضت عدتها بعد القبض لا يجب الاستبراء لان عند استحداث الملك المؤكد بالقبض لم يكن فرجها حلالا للمشتري فلما لم يجب وقت الاستحداث لم يجب بعده لعدم تجدد السبب قال (ولا يقرب المظاهر ولا يلمس الخ) هذه المسئلة ليست من مسائل الاستبراء لكنها مذكورة في الجامع الصغير استطرادا فان الكلام لما انساق في الاستبراء الى حرمة الدواعي وفي هذه المسئلة حرمة الدواعي ذكرها ويجوز أن يقال صدر الفصل بالاستبراء وغيره وهذه من غيره وقوله (لان الحيض يمتد شطر عمرها) قال في النهاية أي يقرب من شطر عمرها وهو عشرة أيام في كل شهر فكان قريبا من خمسة عشر يوما وهي نصف الشهر وفيه

(قوله ويجوز أن يقال صدر الفصل بالاستبراء الخ) أقول لكنها من مسائل باب الظهار

يقبل وهو صائم ويضاجع نساءه وهن حيض قال (ومن له أمتان أختان فقبلهما بشهوة فانه لا يجامع واحدة منهما ولا يقبلها ولا يمسها بشهوة ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يملك فرج الاخرى غيره بملك أو نكاح أو يعتقها وأصل هذا أن الجمع بين الاختين المملوكتين لا يجوز وطأ لاطلاق قوله تعالى وأن تجمعوا بين الاختين ولا يعارض بقوله تعالى أو ما ملكت أيمانكم لان الترجيح للمحرم وكذا لا يجوز الجمع بينهما في الدواعي لاطلاق النص ولان الدواعي الى الوطء بمنزلة الوطء في التحريم على ما مهدناه من قبل فاذا قبلهما فكانه

يكن مجال لكون الشطر هناك على حقيقته لعدم مساعدة عمر المرأة لها كما بينوا بل لا بد وأن يحمل على المجاز بان يكون المراد به ما يقارب الشطر كما ذكروا قاطبة هناك وعليه جرى صاحب النهاية هنا أيضا فكان صاحب العناية نسي ما قدمت يداه ثم ان بعض المتأخرين قال في هذا المقام وشطر الشئ نصفه وبعضه والمراد به هنا هو الثاني دون الاول كما ذهب اليه صاحب النهاية ولهذا أوله بما يقرب من شطره وقال فانه عشرة أيام وهو قريب من خمسة عشر يوما وهي نصف الشهر فكانه زعم أن الشطر لا يجئ الا بمعنى النصف انتهى كلامه أقول ليس هذا بسديد لان مجئ الشطر بمعنى البعض انما ذكره صاحب القاموس حيث قال الشطر نصف الشئ وجزؤه ومنه حديث الاسراء فوضع شطرها أي بعضها انتهى ولكن ذلك ليس بقطعي في أن يكون الشطر حقيقة في معنى البعض أيضا فان أكثر كتب اللغة غير متكفل بالفرق بين الحقيقة والمجاز ولئن سلم أنه حقيقة في معنى البعض أيضا فليس معنى البعض بمناسب للمقام لان مجرد تحقق الحيض في بعض عمرها لا يقتضي الحرج في المنع عن الدواعي أيام حالة الحيض وانما الذي يقتضي الحرج في ذلك تحقق الحيض في نصف عمرها أو في قريب من نصف عمرها لطول مدة الحيض اذ ذاك وهو المفضي الى الحرج فلذلك حمل صاحب النهاية الشطر الواقع في عبارة المصنف ههنا على النصف وأوله بما قريب من النصف ليوافق مذهبنا في أكثر مدة الحيض (قوله وأصل هذا أن الجمع بين الاختين المملوكتين لا يجوز وطأ لاطلاق قوله تعالى وأن تجمعوا بين الاختين ولا يعارض بقوله تعالى أو ما ملكت أيمانكم لان الترجيح للمحرم) قال تاج الشريعة فان قلت الاصل في الدلائل الجمع وأمكن هنا بان يحمل قوله وأن تجمعوا على النكاح وقوله أو ما ملكت أيمانكم على ملك اليمين قلت المعنى الذي يحرم الجمع بين الاختين نكاحا وجد هنا وهو قطيعة الرحم فيثبت الحكم هنا أيضا ولان قوله أو ما ملكت أيمانكم مخصوص اجماعا فان أمه وأخته من الرضاع والامة المجوسية حرام فلا يعارض ما ليس بمخصوص وهو المحرم للجمع انتهى كلامه واقتفى أثره صاحب الكفاية والشارح العيني أقول في كل من وجهي الجواب نظر أما في الوجه الاول فلان حاصله انه على تقدير ان يحمل قوله وان تجمعوا على النكاح يثبت حكم حرمة الجمع بين الاختين وطأ بملك اليمين أيضا دلالة لوجود المعنى المحرم فيها أيضا وهو قطيعة الرحم لكنه ليس بتام اذ قد تقرر في اصول الفقه ان عبارة النص واشارته ترجحان على دلالة النص عند التعارض والظاهر أن افادة عموم قوله تعالى أو ما ملكت أيمانكم حل الجمع بين الاختين المملوكتين وطأ بالعبارة ولا أقل من أن يكون بالاشارة فيلزم أن يترك بهما دلالة الآية الاخرى على حرمة الجمع بينهما وطأ على مقتضى

وهو بعشرة أيام في كل شهر فكان قريبا من خمسة عشر يوما وهي نصف الشهر (قوله وأصل هذا أن الجمع بين الاختين المملوكتين) لا يجوز وطأ لاطلاق قوله تعالى وأن تجمعوا بين الاختين) ولا يعارض بقوله تعالى أو ما ملكت أيمانكم لان الترجيح للمحرم كان في هذا الفصل اختلاف بين عثمان وعلي رضي الله عنهما فكان عثمان رضي الله عنه يقول أحلتهما آية يعني قوله تعالى أو ما ملكت أيمانكم وحرمتهما آية يعني قوله تعالى وأن تجمعوا بين الاختين وكان يتوقف فيه وكان علي رضي الله عنه يرجح المحرم لانه ان كان المراد الجمع بينهما وطأ فهو نص خاص وان كان الجمع بينهما نكاحا فالنكاح سبب مشروع للوطء فحرمة الجمع بينهما نكاحا دليل على حرمة الجمع بينهما وطأ فاخذنا بقول علي رضي الله عنه احتياطا لتغليب الحرمة على الاباحة فان قيل الاصل في الدلائل الجمع وأمكن ههنا بان يحمل قوله تعالى وان تجمعوا على النكاح

نظر لانه يشير الى أن الشطر هو النصف ويتقوى بذلك استدلال الشافعي رحمه الله علينا بالحديث على أن أكثر الحيض خمسة عشر يوما قوله (ومن له أمتان أختان فقبلهما) هذه على ثلاثة أوجه أما ان قبلهما أو لم يقبلهما أو قبل احداهما فان لم يقبلهما أصلا كان له أن يقبل ويطأ أيتهما شاء سواء كان اشتراهما معا أو على التعاقب وان كان قبل احداهما كان له أن يطأ المقبلة دون الاخرى وأما اذا قبلهما بشهوة وقيد بذلك لانه اذا لم يكن بشهوة لا يكون معتبرا فالحكم ما ذكره في الكتاب وهو مذهب علي رضي الله عنه عملا باطلاق قوله تعالى وأن تجمعوا بين الاختين وكان عثمان رضي الله عنه يقول أحلتهما آية يعني قوله تعالى أو ما ملكت أيمانكم وحرمتهما آية يعني قوله تعالى وأن تجمعوا بين الاختين والاصل في الابضاع الحل بعد وجود سبب الحل وقد وجد وهو ملك اليمين قال المصنف رحمه الله (ولا يعارض بقوله تعالى أو ما ملكت أيمانكم لان الترجيح للمحرم) لا يقال يجوز أن يكون المراد بالجمع بينهما نكاحا فلا يتناول محل النزاع لان النكاح سبب مشروع للوطء فحرمة الجمع بينهما

وطئهماولو وطئهمافليس له أن يجامع احداهماولاأن يأتى بالدواعى فيهمافكذا اذاقبلهماوكذا اذامسهما بشهوةأونظرالى فرجهمابشهوةلمابيناالاأن يملك فرج الاخرى غيره بملك أونكاح أويعتقهالانه لماحرم عليه فرجهالم يبق جامعاوقوله بملك أرادبه ملك يمين فينتظم التمليك بسائرأسبابه بيعاأوغيره وتمليك الشقص فيه كتمليك الكل لان الوطء يحرم به وكذا اعتاق البعض من احداهما كاعتاق كلها وكذا الكتابة كالاعتاق فى هذا لثبوت حرمة الوطء بذلك كله وبرهن احداهماواجارتهاوتدبيرهالاتحل الاخرى ألا يرى أنهالاتخرج بهاعن ملكه وقوله أونكاح أرادبه النكاح الصحيح أمااذازوج احداهمانكاحافاسدالايباح

قاعدةالاصول وأمافى الوجه الثانى فلان حاصله ان قوله تعالى أوماملكت أيمانكم من قبيل العام الذى خص منه البعض فصارظنيالتمكن الشبهة كماعرف فى علم الاصول فلايصلح ان يعارض ماهوليس بمخصوص وهوالمحرم للجمع لكونه قطعيالكنه ليس بتام ايضااذقد تقرر فى اصول الفقه ان العام الذى خص منه البعض انمايكون ظنيااذا كان المخصص موصولا واما اذا كان مفصولامتاخرافالخاص اذ ذاك يكون ناسخاللعام فى القدرالذى تناوله الخاص ويكون العام فى الباقى قطعيابلاشبهة والظاهران مخصص الام والاخت من الرضاع والامةالمجوسيةمن قوله تعالى اوماملكت ايمانكم ليس بموصول به فلم يكن ظنيا فى الباقى بل كان قطعيا كالمحرم للجمع فلم يظهرالرجحان من ذلك الوجه حتى لايصلح للمعارضة فتامل (قوله وقوله بملك أرادبه ملك يمين فينتظم التمليك بسائرأسبابه بيعاأوغيره) قال صاحب العناية قوله فينتظم التمليك بسائر اسبابه اى اسباب التمليك كالشراء والوصيةوالميراث والخلع والكتابة والهبة والصدقة انتهى اقول فى بعض تمثيلاته خطاوهو الوصيةوالميراث والكتابة امافى الوصيةوالميراث فلان تمليك الغيرفى الوصية والميراث انمايثبت بعدموت الموصى والمورث فكيف يدخل ذلك تحت قوله بملك فى قوله فانه لايجامع واحدةمنهما ولا يقبلها ولايمسهابشهوة ولا ينظرالى فرجهابشهوة حتى يملك فرج الاخرى غيره بملك أونكاح فان شيأمن المجامعةوالمس والنظرلايتصور بعدالممات على ان نفس التمليك ايضاعلى حقيقته غيرمتصور فى الارث واما فى الكتابة فلانها ملحقةبالاعتاق كماسيصرح به المصنف بقوله وكذا الكتابة كالاعتاق فى هذافكانت من فروع قوله او يعتقهاغيرداخلةفى قوله حتى يملك فرج الاخرى غيره بملك اذ المراد بالملك هناملك اليمين بدلالة عطف قوله أونكاح عليه ولا يتصور تمليك الفرج غيره ملك يمين بالكتابة كمالايخفى على من عرف معنى الكتابة شرعا (قوله وكذا الكتابة كالاعتاق فى هذا لثبوت حرمة الوطء بذلك كله) قال صاحب العناية كلمة كذافى قوله وكذا الكتابة كالاعتاق زائدة وقال الشارح العينى بعدنقل ذلك قلت زيادة كذافى كلام العرب غير مشهورةانتهى أقول هذا كلام عجيب اذلاشك أن مرادصاحب العنايةأن كلمة كذاههنازائدةأى مستدركةلاأنهازائدة كزيادةبعض الحروف لتحسين اللفظ كماتوهمه العينى حتى يتوجه اليه قوله زيادة كذافى كلام العرب غيرمشهورةوبالجملةمرادصاحب العنايةالدخل لاالتوجيه فماذكره العينى لغو محض ثم أقول يمكن توجيه عبارة المصنف بماينـدفع به الاستدراك فى كلمة كذاوهوأن مرادالمصنف وكذا أى وكيكون اعتاق البعض من احداهما كاعتاق الكل الكتابة كالاعتاق أى كاعتاق الكل فحينئذ يصيرالمقصودمن كلمة كذاههنا هوالتشبيه بماقبله كما كان المقصودمن كلمة كذافى قوله وكذا اعتاق البعض من احداهما كاعتاق كلها هو التشبيه أيضا بماقبله فكانه قال وأيضاالكتابة كالاعتاق فى هذا والغرض من التشبيه التشريك فى تعليل واحد كما يرشد ليه قوله لثبوت حرمة الوطء بذلك كله فتدبر (قوله ورهن احداهماواجارتها وتدبيرهالاتحل الاخرى ألا يرى أنهالاتخرج بهاعن ملكه) أقول كان الظاهر

وقوله تعالى أوماملكت أيمانكم على ملك اليمين قلنا المعنى الذى حرم الجمع بين الاختين نكاحاوجد ههنا وهوقطيعةالرحم فيثبت الحكم هناأيضاولان قوله أوماملكت أيمانكم مخصوص بالاجماع فان أمه وأخته من الرضاع والامةالمجوسيةحرام فلاتعارض ماليس بمخصوص وهوالمحرم للجمع (قوله وكذاالكتابة كالاعتاق فى هذا) أى فى أنه يحل وطء الاخرى وفى المبسوط هذاالجواب فى الكتابةمشكل لانهابالكتابة

نكاحادليل على حرمةالجمع بينهما وطافوجب ترجيح المحرم والباقى واضح قوله (وكذاالكتابة كالاعتاق) كلمة كذا زائدة وقوله (فى هذا) أى فى أنه يحل وطء الاخرى واستشكل ذلك لانها بالكتابةلم تخرج عن ملك المولى حتى يلزمه استبراءجديدبعدالعجزولم يحل فرجها لغيره فكان ينبغى أن لايحل له وطء الاخرى وأجيب بان الحل يزول بالكتابةولهذا يلزمه العقد بوطئها فجعل زوال الحل عنهابالكتابة كزواله بالتزويج فيحل له أن يطأ الاخرى

له وطء الاخرى الا أن يدخل الزوج بها فيبلانه يجب العدة عليها والعدة كالنكاح الصحيح فى التحريم ولو وطئ احداهما حل له وطء الموطوءة دون الاخرى لانه يصير جامعا بوطء الاخرى لابوطء الموطوءة وكل امرأتين لايجوز الجمع بينهما نكاحا فيما ذكرناه بمنزلة الاختين قال (ويكره أن يقبل الرجل فم الرجل أو يده أو شيئا منه أو يعانقه) وذكر الطحاوى أن هذا قول أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لاباس بالتقبيل والمعانقة لما روى أن النبى عليه السلام عانق جعفرا رضى الله عنه حين قدم من الحبشة وقبل بين عينيه ولهما ماروى أن النبى عليه السلام نهى عن المكامعة وهى المعانقة وعن المكاعمة وهى التقبيل وما رواه محمول على ماقبل التحريم قالوا الخلاف فى المعانقة فى ازار واحد أما اذا كان عليه قميص أو جبة فلا باس بها بالاجماع وهو الصحيح قال (ولاباس بالمصافحة) لانه هو المتوارث وقال عليه السلام من صافح أخاه المسلم وحرك يده تناثرت ذنوبه

فى التعليل هنا أن يقول لانه لاتثبت بها حرمة الوطء فان مجرد عدم خروجها عن ملكه لايقتضى أن لاتحل له الاخرى ألا ترى أنها لاتخرج عن ملكه بالكتابة أيضا كما تقرر فى كتاب المكاتب وصرح به الشراح أيضا هنا فيما قبل مع أنه اذا كاتب احداهما تحل له الاخرى كما مر آنفا وحمل الملك فى قوله لاتخرج بها عن ملكه على ملك الوطء كما فعله بعض المتأخرين تعسف لايخفى اذ المستعمل فى اللغة والعرف حل الوطء لاملك الوطء وانما يقال ملك اليمين أو ملك النكاح (قوله ولهما ماروى أنه عليه السلام نهى عن المكامعة وهى المعانقة وعن المكاعمة وهى التقبيل) قال فى غاية البيان وتفسير المكامعة بالمعانقة فيه نظر لانه قال فى ديوان الادب وغيره كامع امرأته ضاجعها وكاعم المرأة قبلها وقال فى الفائق نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن المكامعة والمكاعمة أى عن ملاثمة الرجل الرجل ومضاجعته اياه لاستر بينهما الى هنا لفظ غاية البيان وقال العينى بعد نقل ذلك قلت فيه نظر لان المضاجع هو المعانق غالبا ولايضاجع أحد غيره الا والغالب أنه يعانقه اه أقول ليس هذا بشئ لان كون المضاجع هو المعانق غالبا ممنوع ولو سلم ذلك فلا يلزم منه أن تكون المكامعة هى المعانقة فى الغالب وانما الذى يلزم منه أن يلازم المكامعة والمعانقة فى الغالب ولاشك أن أحد المتلازمين لايكون عين الآخر كالابوة والبنوة فكيف يصح تفسير احداهما بالاخرى ولو سلم صحة التفسير باللازم بناء على المسامحة لم يفد ههنا لان المضاجعة لما وجدت بدون المعانقة وان كان فى غير الغالب كانت المعانقة أخص من المضاجعة فلم يصح تفسير المكامعة التى هى المضاجعة بالمعانقة بناء على عدم صحة التفسير بالاخص ونظر صاحب الغاية انما هو فى تفسير المكامعة بالمعانقة لاغير وقال بعض المتأخرين وفسرها المصنف بالمعانقة مع أن المكامعة هى المضاجعة فى ديوان الادب وغيره كامع امرأته ضاجعها بناء عن أن الكلام فى المعانقة والظاهر أن ما نهى من المضاجعة هو ما كان على سبيل المعانقة لعدم الخلاف فى اباحة المضاجعة لاعلى ذلك الوجه على أن المكامعة بحسب اللغة هى المضاجعة المخصوصة لامطلق المضاجعة فى القاموس كامعه ضاجعه فى ثوب واحد الى هنا كلام ذلك البعض فى شرحه وقال فى الحاشية فيه رد على صاحب الغاية أقول كل من مقدمات كلامه مجروح أما قوله بناء على أن

لاتخرج عن ملك المولى حتى لايلزمه استبراء جديد بعد العجز ولم يحل فرجها للغير فكان ينبغى أن لايحل له وطء الاخرى ولكن قال ملك المولى يزول بالكتابة ولهذا يلزمه العقر بوطئها فكان وطؤه اياها فى غير ملكه حتى لاينفك عن عقوبة أو غرامة وقد سقطت العقوبة فتجب الغرامة فجعل زوال ملك الحل عنها بالكتابة كتزويجها فحل له أن يطأ الاخرى (قوله ولاباس بالمصافحة) لانه هو المتوارث ورخص بعض المتأخرين تقبيل يد العالم أو المتورع على سبيل التبرك وعن سفيان رحمه الله قال تقبيل يد العالم سنة وتقبيل يد غيره لايرخص فيه قال الصدر الشهيد رحمه الله هو المختار وما يفعله الجهال من تقبيل يد نفسه

وقوله (ويكره أن يقبل الرجل فم الرجل الخ) واصح وعن عطاء أن ابن عباس رضى الله عنهما سئل عن المعانقة فقال أول من عانق ابراهيم الخليل صلوات الله عليه كان بمكة فاقبل اليها ذو القرنين فلما كان بالابطح قيل له فى هذه البلدة ابراهيم خليل الرحمن فقال ذو القرنين ماينبغى لى أن أركب فى بلدة فيها ابراهيم خليل الرحمن فنزل ومشى الى ابراهيم فسلم عليه ابراهيم عليه السلام واعتنقه فكان هو أول من عانق والشيخ أبو منصور رحمه الله وفق بين هذه الاحاديث فقال المكروه من المعانقة ما كان على وجه الشهوة وعبر عنه المصنف رحمه الله بقوله فى ازار واحد فانه سبب يفضى اليها فاما على وجه البر والكرامة اذا كان عليه قميص أو جبة فلا باس به وعن سفيان رحمه الله تقبيل يد العالم سنة وتقبيل يد غيره لا يرخص فيه ولم يذكر القيام تعظيما للغير وروى عن أنس رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يكره القيام وعن الشيخ الحكيم أبى القاسم رحمه الله أنه كان اذا دخل عليه أحد من الاغنياء يقوم له ويعظمه ولا يقوم للفقراء وطلبة العلم فقيل له فى ذلك فقال لان الاغنياء يتوقعون منى التعظيم فلو تركت تعظيمهم تضرروا والفقراء وطلبة العلم لايطمعون منى ذلك وانما يطمعون جواب السلام والكلام معهم فى العلم ونحوه فلا يتضررون بترك القيام

(قوله فقال المكروه من المعانقة ما كان على وجه الشهوة) أقول سواء كان فى ازار واحد أو كان عليه جبة أو قميص فبين ماذكره الشيخ أبو منصور وماذكره المصنف فرق ظاهر ولعل الاولى ماذكره الشيخ

(فصل فى البيع) قال (ولا باس ببيع السرقين ويكره بيع العذرة) وقال الشافعى لا يجوز بيع السرقين أيضا لانه نجس العين فشابه العذرة وجلد الميتة قبل الدباغ ولنا أنه منتفع به لانه يلقى فى الاراضى لاستكثار الريع فكان مالا والمال محل للبيع بخلاف العذرة لانه لا ينتفع بها الا مخلوطا ويجوز بيع المخلوط هو المروى عن محمد وهو الصحيح وكذا يجوز الانتفاع بالمخلوط لا بغير المخلوط فى الصحيح والمخلوط بمنزلة زيت خالطته النجاسة

الكلام فى المعانقة تعليلا لتفسير المصنف المكامعة بالمعانقة فظاهر البطلان لان كون الكلام فى المعانقة كيف يسوغ تفسير المكامعة بغير معناها وهل يقول العاقل بتغيير معنى لفظ الحديث ليكون مطابقا لمدعاه وأما قوله والظاهر أن ما نهى من المضاجعة هو ما كان على سبيل المعانقة فممنوع اذ لم يقل أحد من الثقات بهذا التخصيص عند بيان المراد بالمكامعة المذكورة فى الحديث بل أطلقوها قال الزمخشرى فى الفائق نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن المكاعمة والمكامعة أى عن ملاثمة الرجل الرجل ومضاجعته اياه لا سترة بينهما اهـ وقال الجوهرى فى الصحاح وكامعه مثل ضاجعه والمكامعة التى نهى عنها فى الحديث أن يضاجع الرجل الرجل لا سترة بينهما اهـ وقال المطرزى فى المغرب نهى عن المكاعمة والمكامعة أى عن ملاثمة الرجل الرجل لا سترة بينهما ومضاجعته اياه فى ثوب واحد لا سترة بينهما هذا هو المراد بهما فى الحديث عن أبى عبيد القاسم بن سلام وابن دريد وغيرهما وهكذا حكاه الازهرى والجوهرى اهـ وأما قوله لعدم الخلاف فى اباحة المضاجعة لا على ذلك الوجه فممنوع أيضا اذ لا شك أن شناعة مضاجعة الرجل الرجل فى ثوب واحد لا سترة بينهما ليست باقل من شناعة مجرد المعانقة ولو فى غير داخل الثوب فكيف يقول باباحة الاولى من لا يقول باباحة الثانية سيما عند اطلاق لفظ الحديث بل كونه حقيقة فى نفس المضاجعة وأما قوله على أن المكامعة بحسب اللغة هى المضاجعة المخصوصة لا مطلق المضاجعة واستشهاده عليه بما فى القاموس فليس بمفيد أصلا لانها وان كانت هى المضاجعة المخصوصة الا أن معناها ليس عين معنى المعانقة ولا مساويا له فى التحقق لانفكاك تحقق كل منهما عن الاخر فى بعض الصور كما عرفته من قبل فكيف يصح تفسير المكامعة بالمعانقة كما هو حاصل نظر صاحب الغاية فمن أين يحصل الرد عليه بما ذكره ذلك القائل ولعمرى ان مفاسد قلة التأمل مما يضيق عن الاحاطة به نطاق البيان والله سبحانه وتعالى المستعان

(فصل فى البيع) قال الشراح أخر فصل البيع عن فصل الاكل والشرب واللمس والوطء لان أثر تلك الافعال متصل ببدن الانسان وهذا لا وما كان أكثر اتصالا كان أحق بالتقديم اهـ أقول كان المناسب بسياق كلامهم أن يقولوا وما كان متصلا كان أحق بالتقديم الا أنهم قالوا وما كان أكثر اتصالا كان أحق

(فصل فى البيع) أخر فصل البيع عن فصل الاكل والشرب واللمس والوطء لان أثر تلك الافعال متصل ببدن الانسان وهذا لا وما كان أكثر اتصالا كان أحق بالتقديم قال (ولا باس ببيع السرقين) كلامه واضح وقوله (فى الصحيح) احتراز عن الرواية الاخرى وهى ان الانتفاع بالعذرة الخالصة

(فصل فى البيع)

اذا اتى غيره فهو مكروه فلا رخصة فيه وما يفعلون من تقبيل الارض بين يدى العلماء فحرام والفاعل والراضى به آثمان لانه يشبه عبادة الوثن وذكر الصدر الشهيد رحمه الله انه لا يكفر بهذا السجود لانه يريد به التحية دون العبادة وقال شمس الائمة السرخسى رحمه الله السجود لغير الله تعالى على وجه التعظيم كفر وأما القيام لتعظيم الغير فعن الشيخ أبى القاسم الحكيم انه كان اذا دخل أحد من الاغنياء يقوم له ويعظمه ولا يقوم للفقراء وطلبة العلم فقيل له فى ذلك فقال لان الاغنياء يتوقعون منى التعظيم فلو تركت تعظيمهم لتضرروا ولا يطمع الفقراء وطلبة العلم منى ذلك وانما يطمعون منى جواب السلام والتكلم معهم فى العلم ونحوه فلا يتضررون بترك القيام والله أعلم بالصواب

(فصل فى البيع)

(قوله ولا باس ببيع السرقين) روى أن سعد بن أبى وقاص رضى الله عنه كان يعر أرضه بنفسه ويقول مكيل عر غير مكتل عر الارض اذا أصلحها بالعرة وهى السرقين (قوله ويكره بيع العذرة) وهى رجيع الآدمى قال الشيخ أبو منصور رحمه الله كل ما انفصل من الآدمى لا يجوز الانتفاع به نحو الظفر والشعر والعذرة وما انفصل من غير الآدمى من الحيوانات يجوز بيعه والانتفاع به (قوله لا بغير المخلوط فى الصحيح) وعن أبى

قال

قال (ومن علم بجارية أنها لرجل فرأى آخر يبيعها وقال وكلني صاحبها ببيعها فانه يسعه أن يبتاعها و يطأها) لانه أخبر بخبر صحيح لامنازع له وقول الواحد في المعاملات مقبول على أي وصف كان لما مر من قبل وكذا اذا قال اشتريتها منه أو وهبها لي أو تصدق بها علي لما قلنا وهذا اذا كان ثقة

بالتقديم افادة في ضمن بيان وجه تأخير هذا الفصل وجه تأخير الفصول السابقة بعضها عن بعض أيضا لان ماهو المتقدم منها أكثر اتصالا ببدن الانسان مما هو المتأخر كما يظهر بالتأمل الصادق (قوله وهذا اذا كان ثقة) قال صاحب العناية فان قيل قوله وهذا اذا كان ثقة يناقض قوله على أي وصف كان أجيب بان معنى قوله ثقة أن يكون ممن يعتمد على كلامه وان كان فاسقا لجواز أن لا يكذب الفاسق لمروءته ولوجاهته اه واقتفى أثره العيني وقد سبقهما الى مأخذ هذا السؤال والجواب تاج الشريعة وصاحب الكفاية حيث قالا وتأويل قوله وهذا اذا كان ثقة بعد قوله على أي وصف كان يعني أنه ممن يعتمد على كلامه وان كان فاسقا لانه يجوز أن يكون فاسق صادق القول لا يكذب لمروءته اه أقول لا السؤال شئ ولا الجواب أما الاول فلان المصنف لم يقتصر على قوله وهذا اذا كان ثقة بل قال بعده وكذا اذا كان غير ثقة وأكبر رأيه أنه صادق فلا يناقض ماذكره ههنا قوله فيما قبل على أي وصف كان ثم قد نبه بقوله وان كان أكبر رأيه أنه كاذب لم يسعه أن يتعرض لشئ من ذلك على عدم دخول بعض جزئيات غير الثقة في الحكم السابق ولا ضير فيه لان المستفاد من قوله على أي وصف كان عموم الاوصاف لا عموم الجزئيات وكلامه ههنا تفصيل لما أجمله فيما قبل ولا بعد في أن يفيد التفصيل مالا يفيده الاجمال وأما الثاني فلانه لو كان معنى قول المصنف ثقة في قوله وهذا اذا كان ثقة أن يكون ممن يعتمد على كلامه كما توهمه هؤلاء الشراح دون معنى العدالة كما هو الظاهر لما تم معنى قوله وكذا اذا كان غير ثقة وأكبر رأيه أنه صادق اذ يصير حينئذ معنى قوله غير ثقة من لا يعتمد على كلامه وفي شأن من لا يعتمد على كلامه كيف يتصور أن يكون أكبر رأي السامع أنه صادق ولما تم تعليل ذلك بقوله لان عدالة المخبر غير لازمة لان عدم لزوم عدالة المخبر لا يدل على لزوم الاعتماد على كلامه اذ المفروض من الجواب المذكور جواز كون الفاسق أيضا ممن يعتمد على كلامه فكان من يعتمد على كلامه أعم من العدل ولا شك أن عدم لزوم الاخص لشئ لا يقتضي عدم لزوم الاعم له فالصواب أن مراد المصنف بقوله اذا كان ثقة اذا كان عدلا وبقوله وكذا اذا كان غير ثقة وكذا اذا كان غير عدل ولا تناقض بين ذلك وبين قوله على أي وصف كان أصلا كما حققته آنفا ومما يفصح عن كون المراد بالثقة وبغير الثقة ههنا ماذكرناه كلام صاحب المحيط حيث قال هذا اذا كان المخبر عدلا وان كان المخبر غير ثقة أو كان لا يدري أنه ثقة أو غير ثقة يريد به أن المخبر اذا كان فاسقا أو مستورا نظر فيه فان كان أكبر رأيه انه صادق الى آخر كلامه فانه ذكر عدلا موضع ثقة وفسر غير ثقة في قول محمد وان كان المخبر غير ثقة بالفاسق ومن لا يدري أنه ثقة أو غير ثقة بالمستور حيث قال يريد به أن المخبر اذا كان فاسقا أو مستورا ومن تتبع كلمات ثقات المشايخ في باب مسائل قبول خبر الواحد في كتبهم المعتبرة لا يشتبه عليه أن المراد بالثقة هو العدل وبغير الثقة غير العدل فانهم كثيرا ما يذكرون كل واحد من لفظي العدل والثقة موضع الآخر وكذا الحال في غير الثقة وغير العدل وقال بعض المتأخرين في حل هذا المقام قوله وقول الواحد في المعاملات مقبول على أي وصف كان يعني عدلا كان او غير عدل صبيا كان أو بالغا حرا كان أو عبدا مسلما كان أو كافرا رجلا كان أو امرأة لكن بشرط كونه ثقة يعتمد على كلامه وان كان فاسقا لجواز أن يعتمد على قوله اذا كان وجيها في الناس ذا مروءة لانه لا يميل الى حطام الدنيا لوجاهته ولا يكذب لمروءته فلا منافاة بين

حنيفة رحمه الله انه لا بأس بالانتفاع بالعذرة الخالصة (قوله لانه أخبر بخبر صحيح) أي صادر عن عقل وتمييز (قوله على أي وصف كان) أي بعد ان كان مميزا عاقلا سواء كان حرا أو عبدا مسلما أو كافرا رجلا أو امرأة (قوله لما مر من قبل) أي في فصل الاكل والشرب في ومن أرسل أجيرا له مجوسيا وتأويل قوله بعد هذا وهذا اذا كان ثقة يعني أنه ممن يعتمد على كلامه وان كان فاسقا لانه يجوز أن يكون فاسقا صادق القول

في فصل الاكل والشرب في قوله ومن ارسل اجيرا له مجوسيا وهذا لان خبر الواحد في المعاملات مقبول من غير شرط العدالة دفعا للحرج وقوله (لما قلنا) اشارة الى قوله لانه أخبر بخبر صحيح لامنازع له فان قيل قوله وهذا اذا كان ثقة يناقض قوله على اى وصف كان أجيب بان معنى قوله ثقة أن يكون ممن يعتمد على كلامه وان كان فاسقا لجواز أن لا يكذب الفاسق لمروءته أو لوجاهته

(قوله فان قيل قوله وهذا اذا كان ثقة يناقض قوله على أي وصف) أقول ممنوع لان غير العدل لا يلزم ان يدخل تحت قوله على أي وصف كان على ما بينه نفسه ولو سلم فلم يقل المصنف لا يقبل قول غير الثقة ألا يرى الى قوله وكذا اذا كان غير ثقة وقوله لان عدالة المخبر في المعاملات غير لازمة لكن يرد على المصنف أنه اذا كان قبول خبره متوقفا على حصول أكبر الرأي لا يبقى فرق بينها وبين الديانات فان خبر الفاسق يقبل فيها أيضا بأكبر الرأي على مامر وجوابه أن خبر الفاسق انما يقبل في الديانات بأكبر الرأي اذا حصل بعد التحري بخلاف ما نحن فيه حيث يشترط التحري فتأمل (قوله أجيب بان معنى قوله ثقة) أقول فيه بحث

وكذا اذا كان غير ثقة وأكبر رأيه أنه صادق لان عدالة المخبر فى المعاملات غير لازمة للحاجة على ما مر وان كان أكبر رأيه أنه كاذب لم يسع له أن يتعرض لشئ من ذلك

عدم اشتراط العدالة كما دل عليه قوله على أى وصف كان وبين اشتراط كونه ثقة كما صرح به بقوله وهذا اذا كان ثقة لان الثانى أعم من الاول ولو سلم فلا منافاة أيضا لان الاشارة بلفظ هذا الى كونه فى سعة من ابتياعها بمجرد قوله وكالى صاحبها بيعها الا الى قبول قول الواحد فى المعاملات فان قوله يقبل أيضا اذا لم يكن ثقة كما صرح به بقوله وكذا اذا كان غير ثقة الا أن قبوله يكون مع ضميمة التحرى الموافق الى هنا كلامه أقول فيه فساد من وجوه الاول ان قوله لكن بشرط كونه ثقة يعتمد على كلامه ينافى قول المصنف رحمه الله وكذا اذا كان غير ثقة وأكبر رأيه أنه صادق فكيف يصح شرح كلامه بما ينافيه صريح عبارته والثانى أن قوله وبين اشتراط كونه ثقة كما صرح به بقوله وهذا اذا كان ثقة ليس بصحيح لان قول المصنف وهذا اذا كان ثقة انما يكون تصريحا باشتراط كونه ثقة أن لو اقتصر الكلام عليه ولم يقل وكذا اذا لم يكن غير ثقة ولما قال وكذا اذا كان غير ثقة كان كلامه صريحا فى عدم اشتراط كونه ثقة كما لا يخفى والثالث ان قوله ولو سلم فلا منافاة أيضا كلام فاسد المعنى لان معناه لو سلم المنافاة بين عدم اشتراط العدالة وبين اشتراط كونه ثقة فلا منافاة أيضا ولا شك أن تسليم المنافاة يناقض القول بعدم المنافاة فكان مضمون كلامه المزبور جمعا بين النقيضين اللهم الا أن يكون قوله ولو سلم ناظرا الى قوله لان الثانى أعم من الاول لا الى قوله فلا منافاة بين عدم اشتراط العدالة الخ فالمعنى ولو سلم عدم عموم الثانى من الاول فلا منافاة أيضا والرابع ان قوله لان الاشارة بلفظ هذا الى كونه فى سعة من ابتياعها بمجرد قوله وكالى صاحبها الا الى قبول قول الواحد فى المعاملات ظاهر البطلان لان المصنف وغيره قالوا كونه فى سعة من أن يبتاعها ويطأها يكون قول الواحد فى المعاملات مقبولا على أى وصف كان فلو كان الاول مشروطا بكونه ثقة دون الثانى لما صح تعليل الاول بالثانى ضرورة عدم استلزام تحقق العام تحقق الخاص والخامس ان قوله فان قوله يقبل أيضا اذا لم يكن ثقة كما صرح به بقوله وكذا اذا كان غير ثقة يدل على خلاف مدعاه من كون الاشارة بلفظ هذا الى كونه فى سعة من ابتياعها بمجرد قوله وكالى صاحبها لا الى قبول قول الواحد فى المعاملات اذ لا شك أن قول المصنف وكذا اذا كان غير ثقة عطف على قوله وهذا اذا كان ثقة ولا ريب أن محل الحكم فى المعطوف والمعطوف عليه واحد وهو ما أشير اليه بلفظ هذا فى المعطوف عليه فاذا كان صريح معنى قوله وكذا اذا كان غير ثقة وكذا يقبل قول الواحد اذا كان غير ثقة كما اعترف به فلا جرم أن يكون معنى قوله وهذا اذا كان ثقة وقبول قول الواحد اذا كان ثقة على أن يكون لفظ هذا اشارة الى قبول قول الواحد وهو خلاف ما ادعاه والسادس ان اعترافه هنا بكون قول الواحد مقبولا فيما اذا كان غير ثقة أيضا وبكون قول المصنف وكذا اذا كان غير ثقة صريحا فى ذلك يناقض قوله فى صدر كلامه وقول الواحد مقبول على أى وصف كان ولكن بشرط كونه ثقة يعتمد على كلامه وبالجملة ما ذكره ذلك البعض فى هذا المقام برمته خارج عن نهج الصواب كما لا يخفى على ذوى الالباب (قوله وكذا اذا كان غير ثقة وأكبر رأيه أنه صادق لان عدالة المخبر فى المعاملات غير لازمة للحاجة على ما مر) قال تعليله بقوله لان عدالة المخبر فى المعاملات

لا يكذب البتة لمروءته (قوله وان كان أكبر رأيه انه كاذب لم ينبغ له أن يتعرض بشئ من ذلك) لان أكبر الرأى كاليقين قال عليه السلام لوابصة بن معبد ضع يدك على صدرك واستفت قلبك فما حاك فى صدرك فدعه وان أفتاك الناس به وقال محمد رحمه الله فى الاصل وأكبر الرأى يجوز العمل فيما هو أكبر من هذا كالفروج وسفك الدماء فان من تزوج امرأة فادخلها عليه انسان وأخبره أنها امرأته وسعه أن يعتمد خبره اذا كان ثقة عنده أو كان فى أكبر رأيه أنه صادق فيغشاها وكذلك لو دخل رجل على غيره ليلا وهو شاهر سيفه مادا رمحه يشتد نحوه فان صاحب المنزل يحكم رأيه فان كان أكبر رأيه انه لص قصد قتله وأخذ ماله وخاف انه ان صاح يبادره بالضرب فلا بأس بان يشد عليه بالسيف ويتعدى عليه قبل أن يغشى هو به وان كان

لان

لان أكبر الرأى يقام مقام اليقين وكذا اذا لم يعلم انها الغلان ولكن أخبره صاحب اليد انها الفلان وانه وكله ببيعها أو اشتراها منه والمخبر ثقة قبل قوله وان لم يكن ثقة يعتبر أكبر رأيه لان اخباره حجة فى حقه وان لم يخبره صاحب اليد بشئ فان كان عرفها للاول لم يشترها حتى يعلم انتقالها الى ملك الثانى لان يد الاول دليل ملكه

غير لازمة دليل واضح على كون مراده بغير الثقة غير العدل وبالثقة العدل كما نبهنا عليه من قبل اذ لو كان مراده بالثقة من يعتمد على كلامه وان كان فاسقا وبغير الثقة من لا يعتمد على كلامه كما توهمه جماعة من الشراح على مامر لما صح تعليل قبول قول غير الثقة اذا كان أكبر الرأى أنه صادق بقوله لان عدالة المخبر فى المعاملات غير لازمة فانه لا يلزم من عدم لزوم عدالته عدم لزوم كونه ممن يعتمد على كلامه فلا يتم التقريب كما لا يخفى بقى فى هذا المقام كلام وهو أن الذى ظهر مما ذكره ههنا هو أن عدالة المخبر فى المعاملات غير لازمة ولكن لابد فى قبول قوله اذا كان غير عدل من أن يكون أكبر رأى السامع أنه صادق وقد مر فى أوائل كتاب الكراهية أنهم فرقوا بين المعاملات والديانات بانه يقبل فى المعاملات قول الفاسق مطلقا ولا يقبل فى الديانات قول الفاسق ولا المستور الا اذا كان أكبر رأى السامع أنه صادق فكان ماذكره ههنا مخالفا لما مر هنالك لان ما اعتبر هنالك فى الديانات دون المعاملات قد اعتبر ههنا فى المعاملات أيضا وقد تنبه بعض الفضلاء لورود هذا الاشكال فذكر اجمال ماذكرناه وأجاب عنه حيث قال يرد على المصنف أنه اذا كان قبول خبره متوقفا على حصول أكبر الرأى لا يبقى فرق بين المعاملات والديانات فان خبر الفاسق يقبل فى الديانات أيضا باكبر الرأى على مامر وجوابه أن خبر الفاسق انما يقبل فى الديانات باكبر الرأى اذا حصل بعد التحرى بخلاف ما نحن فيه حيث لا يشترط التحرى فتأمل اهـ أقول جوابه ليس بشئ فان أكبر الرأى لا يمكن أن يتحقق بدون التحرى اذ التحرى طلب ما هو أحرى الامرين فى غالب الظن كما صرح به فى عامة كتب اللغة فما لم يطلب ذلك ولم يتوجه اليه كيف يتصور حصول أكبر الرأى فلا معنى لعدم اشتراط التحرى فيما نحن فيه عند اشتراط أكبر الرأى فيه وانما اعتبار أكبر الرأى فيه اعتبار التحرى بعينه وعن هذا وقع التعبير فى بيان هذه المسئلة بعينها فى المحيط البرهانى بلفظ التحرى بدل أكبر الرأى حيث قال فيه وان كان الذى فى يديه الجارية فاسقا لا تثبت اباحة المعاملة معه بنفس الخبر بل يتحرى فى ذلك فان وقع تحريه على انه صادق حل له الشراء منه وان وقع تحريه على أنه كاذب لا يحل له أن يشتريها منه وان لم يكن له رأى يبقى ما كان على ما كان كما فى الديانات اهـ ثم أقول الاشكال المذكور لا يختص بهذا الكتاب بل يتجه على غيره أيضا وعن هذا قال المحقق التفتازانى فى التلويح ذكر فخر الاسلام فى موضع من كتابه أن اخبار غير العدل يقبل فى المعاملات من غير انضمام التحرى وفى موضع آخر أنه يشترط التحرى ومحمد رحمه الله ذكر القيد فى كتاب الاستحسان ولم يذكره فى الجامع الصغير وقال فى التوجيه فقيل يجوز أن يكون المذكور فى كتاب الاستحسان تفسيرا لما ذكره فى الجامع الصغير فيشترط التحرى ويجوز أن يشترط استحسانا ولا يشترط رخصة ويجوز أن يكون فى المسئلة روايتان اهـ وقد ذكرت فيما مر فى أوائل كتاب الكراهية بعد نقل هذه التوجيهات عن التلويح أن المختار عندى من بينها هو التوجيه الثانى لانه هو الحاسم لمادة الاشكال الفارق بين المعاملات والديانات اذ لا رخصة فى الديانات بدون التحرى والآن أيضا أقول كذلك فيحصل به التوفيق بين الكلامين فى المقامين فى هذا الكتاب وغيره (قوله لان أكبر الرأى يقام مقام اليقين) قال صاحب العناية يعنى فيما هو أعظم من هذا كالفروج والدماء ألا يرى أن من تزوج امرأة فادخلها عليه انسان وأخبره أنها امرأته وسعه أن يطأها اذا كان ثقة عنده أو كان أكبر رأيه أنه صادق وكذا اذا دخل رجل على غيره ليلا شاهرا سيفه فلصاحب المنزل أن يقتله اذا كان أكبر

وقوله (لان أكبر الرأى يقوم مقام اليقين) يعنى فيما هو أعظم من هذا كالفروج والدماء ألا ترى أن من تزوج امرأة فادخلها عليه انسان وأخبره انها امرأته وسعه أن يطأها اذا كان ثقة عنده أو كان أكبر رأيه انه صادق وكذا اذا دخل رجل على غيره ليلا شاهرا سيفه فلصاحب المنزل أن يقتله اذا كان أكبر رأيه انه لص قصد قتله وأخذ ماله واذا كان أكبر رأيه انه هارب من لص لم يعجل بذلك

أكبر رأيه انه هارب من اللصوص لا ينبغى له أن يعجل بقتله وان قتله وفى رأيه أنه لص ثم تبين انه رجل صالح القياس أن يقتص وفى الاستحسان عليه الدية وهى مسئلة كتاب الاكراه فعلم بهذا ان فيما هو أهم الامور وهو الدماء والفروج جاز العمل فيها باكبر الرأى عند الحاجة مع أن الغلط اذا وقع لا يمكن تداركه وفيما دون ذلك أولى

وان كان لا يعرف ذلك له أن يشتريها وان كان ذو اليد فاسقا لان يد الفاسق دليل الملك في حق الفاسق والعدل ولم يعارضه معارض ولا معتبر بأكبر الرأي عند وجود الدليل الظاهر الا أن يكون مثله لا يملك مثل ذلك فحينئذ يستحب له أن يتنزه ومع ذلك لو اشتراها يرجى أن يكون في سعة من ذلك لاعتماده الدليل الشرعي وان كان الذي أتاه بها عبدا أو أمة لم يقبلها ولم يشترها حتى يسأل لان المملوك لا ملك له فيعلم أن الملك فيها لغيره فان أخبره أن مولاه أذن له وهو ثقة قبل وان لم يكن ثقة يعتبر أكبر الرأي وان لم يكن له رأي لم يشترها لقيام الحاجر فلا بد من دليل قال (ولو أن امرأة أخبرها ثقة أن زوجها الغائب مات عنها أو طلقها ثلاثا أو كان غير ثقة وأتاها بكتاب من زوجها بالطلاق ولا تدري أنه كتابه أم لا الا أن أكبر رأيها أنه حق) يعني بعد التحري (فلا بأس بان تعتد ثم تتزوج) لان القاطع طارئ ولا منازع وكذا لو قالت لرجل طلقني زوجي وانقضت عدتي فلا بأس أن يتزوجها وكذا اذا قالت المطلقة الثلاث انقضت عدتي وتزوجت بزوج آخر ودخل بي ثم طلقني وانقضت عدتي

رأيه أنه لص قصد قتله وأخذ ماله وان كان أكبر رأيه انه هارب من أمر لم يعجل بقتله انتهى ورد عليه بعض المتأخرين حيث قال قوله لان أكبر الرأي يقام مقام اليقين أي في كثير من الاحكام حتى يجب به شئ كالتوجه الى جهة التحري ويحرم به شئ كالصلاة اذا توضأ بماء أخبر بنجاسته غير ثقة وأكبر رأيه أنه صادق فيجعل أكبر الرأي دليلا شرعيا أيضا فيما نحن فيه بل فيما هو أعظم منه كالفروج والدماء وقال في الحاشية من قال في تفسير قوله يقام مقام اليقين يعني فيما هو أعظم كالفروج والدماء فقد سها انتهى أقول نسبة السهو اليه في تفسيره المذكور سهو عظيم فانه سلك في تفسيره المذكور مسلك الدلالة واثبات الحكم فيما نحن بالاولوية كما في قوله تعالى فلا تقل لهما أف فان فيه النهي عن الضرب بالاولوية وليت شعري ماذا يقول ذلك القائل في شأن الامام الرباني محمد رحمه الله تعالى فانه أيضا قال في الاصل في هذا المقام وأكبر الرأي يجوز العمل فيما هو أكبر من هذا كالفروج وسفك الدماء فان من تزوج امرأة فادخلها عليه انسان وأخبره أنها امرأته لخ كما نقل عنه في النهاية والكفاية ومعراج الدراية ولا يخفى أنه أيضا مثل ما قاله صاحب العناية في كونه من تلك الدلالة بالاولوية بل ذلك مأخذ ما قاله صاحب العناية وعن هذا قال في النهاية والكفاية بعد نقل ذلك عن محمد فعلم بهذا ان فيما هو أهم الامور وهو الدماء والفروج جاز العمل بأكبر الرأي عند الحاجة مع أن الغلط اذا وقع لا يمكن تداركه ففيما دون ذلك أولى انتهى (قوله لان القاطع طارئ والاقدام الاول لا يدل على انعدامه فلم يثبت المنازع) اعترض عليه بانه ان قبل خبر الواحد في افساد النكاح بعد الصحة من هذا الوجه فوجه آخر فيه يوجب

(قوله لان يد الفاسق دليل الملك في حق الفاسق والعدل) أي في حق الناس كافة لان اليد دليل الملك شرعا والفاسق والعدل في هذا سواء حتى اذا نازعه غيره فالقول له ويحل لمن رآه في يده أن يشهد له بالملك ولم يعارضه معارض ولا معتبر بأكبر الرأي عند وجود دليل الظاهر الا أن يكون مثله لا يملك مثل ذلك فحينئذ يستحب له أن يتنزه وذلك كدرة مثلا في يد فقير لا يملك شيأ أو رأى كتابا في يد جاهل ولم يكن في آبائه من هو أهل لذلك فيظن كل واحد أنه سارق لذلك العين فكان التنزه عن شرائه أفضل (قوله وان كان الذي أتاه بها) أي بالجارية لان هذا كله مبني على قوله ومن علم بجارية انها لفلان فرأى آخر يبيعها (قوله لم يقبلها) أي اذا تركها عنده أو وهبها منه (قوله لقيام الحاجر) بالراء المهملة أي المانع لان يد المملوك ليس بمطلق التصرف (قوله ولو ان امرأة أخبرها ثقة) الى قوله فلا بأس بان تعتد وتتزوج هذا في الاخبار وأما في الشهادة فلا يصح وان كان الشاهد اثنين حيث لا يقضي القاضي بالفرقة لانها قضاء على الغائب وفي التتمة اذا شهد اثنان أن فلان بن فلان طلق امرأته والزوج غائب لا تقبل وان شهدا عند المرأة حل لها أن تعتد وتتزوج بزوج آخر وكذا اذا شهد عندها رجل عدل ووقع في قلبها انه صادق (قوله لان القاطع) أي للزوجية طار ولا منازع بخلاف

وقوله (الا أن يكون مثله لا يملك مثل ذلك) كدرة في يد فقير لا يملك شيأ أو كتاب في يد جاهل لم يكن في آبائه من هو أهل لذلك فحينئذ يستحب له أن يتنزه وقوله (وان كان الذي أتاه بها) أي بالجارية لان هذا كله مبني على قوله ومن علم بجارية أنها لفلان فرأى آخر

يبيعها يعني أن الآتي بالجارية اذا كان عبدا أو أمة وقال لآخر وهبتها منك أو بعتها منك فليس للآخر أن يقبلها منه ولا أن يشتريها منه حتى يسأل عن ذلك لان المنافي للملك وهو الرق معلوم فيه فما لم يظهر له دليل مطلق للتصرف في حق من رآه في يده لا يحل له الشراء وقوله (وان لم يكن له رأي لم يشترها لقيام الحاجر) بالراء المهملة أي المانع فلا بد من دليل وقوله (ولو أن امرأة أخبرها ثقة) بناء على أن القاطع اذا كان طارئا ولا منازع للمخبر به يقبل قول الواحد فان كان ثقة لا يحتاج الى غيره وان لم يكن لا بد من انضمام أكبر رأي المخبر له واذا ظهر ذلك سهل تطبيق الفروع عليه وقوله (لان القاطع طارئ) فيه والاقدام الاول لا يدل على انعدامه فلم يثبت المنازع اعترض عليه بانه ان قبل خبر الواحد في افساد النكاح بعد الصحة من هذا الوجه فوجه آخر فيه يوجب عدم القبول وهو أن الملك للزوج فيها ثابت والملك الثابت للغير فيها لا يبطل بخبر الواحد وأجيب بان ذلك اذا كان ثابتا بدليل موجب وملكه فيها ليس كذلك بل باستصحاب

(قال المصنف وان كان الذي أتاه بها عبدا الخ) أقول قوله عبدا خبر كان وأتاه بها صلة للذي والهاء في أتاه مفعول وهو الشخص الذي أقدم على الشراء من العبد الذي آتى بالجارية أو من الجارية التي أتى بالجارية والباء في بها باء التعدية فلا

فلا باس بان يتزوجها الزوج الاول وكذا لو قالت جارية كنت أمة فلان فاعتقني لان القاطع طار ولو أخبرها مخبر أن أصل النكاح كان فاسدا أو كان الزوج حين تزوجها مرتدا أو أخاها من الرضاعة لم يقبل قوله حتى يشهد بذلك رجلان أو رجل وامرأتان وكذا اذا أخبره مخبر أنك تزوجتها وهي مرتدة أو أختك من الرضاعة لم يتزوج باختها أو أربع سواها حتى يشهد بذلك عدلان لانه أخبر بفساد مقارن والاقدام على العقد يدل على صحته وانكار فساده فثبت المنازع بالظاهر بخلاف ما اذا كانت المنكوحة صغيرة فاخبر الزوج أنها ارتضعت من أمه أو أخته حيث يقبل قول الواحد فيه لان القاطع طار والاقدام الاول لا يدل على انعدامه فلم يثبت المنازع فافترقا وعلى هذا الحرف يدور الفرق ولو كانت جارية صغيرة لا تعبر عن نفسها في يد رجل يدعي أنها له فلما كبرت لقيها رجل في بلد آخر فقالت أنا حرة الاصل لم يسعه أن يتزوجها لتحقق المنازع وهو ذو اليد بخلاف ما تقدم قال (واذا باع المسلم خمرا وأخذ ثمنها وعليه دين فانه يكره لصاحب الدين أن يأخذ منه وان كان البائع نصرانيا فلا باس به) والفرق أن البيع في الوجه الاول قد بطل لان الخمر ليس بمال متقوم في حق المسلم فبقي الثمن على ملك المشتري فلا يحل أخذه من البائع وفي الوجه الثاني صح البيع لانه مال متقوم في حق الذمي فملكه البائع فيحل الاخذ منه قال (ويكره الاحتكار في أقوات الآدميين والبهائم اذا كان ذلك في بلد يضر الاحتكار باهله وكذلك التلقي فاما اذا كان لا يضر فلا باس به) والاصل فيه قوله عليه السلام الجالب مرزوق والمحتكر ملعون ولانه تعلق به حق العامة وفي الامتناع عن البيع ابطال حقهم وتضييق الامر عليهم فيكره اذا كان يضر بهم ذلك بان كانت البلدة صغيرة بخلاف ما اذا لم يضر بان كان المصر كبيرا لانه حابس ملكه من غير اضرار بغيره وكذلك التلقي على هذا التفصيل لان النبي عليه السلام نهى عن تلقي الجلب وعن تلقي الركبان قالوا هذا اذا لم يلبس المتلقي على التجار سعر البلدة فان لبس فهو مكروه في الوجهين لانه غادر بهم وتخصيص الاحتكار بالاقوات كالحنطة والشعير والتبن والقت قول أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف رحمه الله كل ما أضر بالعامة حبسه فهو احتكار

عدم القبول وهو أن الملك للزوج فيها ثابت والملك الثابت للغير لا يبطل بخبر الواحد وأجيب بان ذلك اذا كان ثابتا بدليل موجب وملك الزوج فيها في الحال ليس بدليل موجب بل باستصحاب الحال وخبر الواحد أقوى من استصحاب الحال كذا في العناية وكثير من الشروح وقال بعض المتاخرين بعد ذكر هذا الاعتراض والجواب فيه بحث لانه سبق في فصل الاكل والشرب ان الحل والحرمة من باب الديانات فيقبل قول الواحد فيهما اذا لم تتضمن الحرمة زوال الملك كما اذا أخبر واحد عدل بحل طعام فيؤكل أو حرمته فلا يؤكل لان الحرمة لا تنافي الملك وأما اذا تضمنت زوال الملك فلا يقبل ولا يثبت به الحرمة كما اذا أخبر عدل للزوجين أنهما ارتضعا من فلانة لان الحرمة المؤبدة لا تتصور مع بقاء ملك النكاح فاضمحل الجواب وبقي الاشكال انتهى كلامه أقول بحثه ساقط جدا لان الذي تقرر في فصل الاكل والشرب هو أن خبر الواحد العدل يقبل في باب الحل والحرمة اذا لم يتضمن

الحال وخبر الواحد أقوى منه والباقي واضح قال (واذا باع المسلم خمرا الخ) كلامه واضح وروي عن محمد رحمه الله أنه قال هذا اذا كان القضاء والاقتضاء بالتراضي فان كان بقضاء القاضي بان قضى عليه بهذا الثمن غير عالم بكونه ثمن الخمر طاب له ذلك بقضائه وقوله (ويكره الاحتكار) الاحتكار افتعال من حكر أي حبس والمراد به حبس الاقوات متربصا الغلاء وقوله (فان لبس فهو مكروه في الوجهين) يعني في الاضرار وعدمه

ما اذا أخبر ان أصل النكاح كان فاسدا واخواته لان المفسد مقارن والاقدام على العقد يدل على صحته وانكار فساده فيثبت المنازع بالظاهر فالحاصل انا لم نقبل خبر الواحد في موضع المنازعة لحاجتنا الى الالزام وقبلناه في موضع المسالمة لعدمه (قوله وعلى هذا الحرف يدور الفرق) هو أن المفسد اذا كان طارئا يثبت بخبر الواحد العدل وان كان مقارنا فلا يثبت حتى يشهد بذلك عدلان (قوله بخلاف ما تقدم) أراد قوله لو قالت جارية كنت أمة لفلان فاعتقني (قوله ويكره الاحتكار) وهو حبس الطعام المشترى من فسطاط المسلمين أي مذهبهم متربصا للغلاء (قوله والمحتكر ملعون) قيل اللعن على نوعين أحدهما الطرد من رحمة الله تعالى وذلك لا يكون الا للكافر * والثاني الابعاد عن درجة الابرار ومقام الصالحين وهو المراد ههنا لان عند أهل السنة المؤمن لا يخرج عن الايمان بارتكاب كبيرة (قوله فان لبس فهو مكروه في الوجهين) أي سواء أضر باهل البلدة أو لم يضر لانه بتلبيس السعر غادر بهم (قوله وتخصيص الاحتكار بالاقوات كالحنطة والشعير والتبن والقت قول أبي حنيفة رحمه الله) وهو قول محمد رحمه الله أيضا وعليه الفتوى (قوله

وان كان ذهبا أو فضة أو ثوبا وعن محمد رحمه الله انه قال لا احتكار في الثياب فأبو يوسف اعتبر حقيقة الضرر اذ هو المؤثر في الكراهة وأبو حنيفة اعتبر الضرر المعهود المتعارف ثم المدة اذا قصرت لا يكون احتكارا لعدم الضرر واذا طالت يكون احتكارا مكروها لتحقق الضرر ثم قيل هي مقدرة بأربعين يوما لقوله عليه السلام من احتكر طعاما أربعين ليلة فقد برئ من الله وبرئ الله منه وقيل بالشهر لان ما دونه قليل عاجل والشهر وما فوقه كثير آجل وقد مر في غير موضع ويقع التفاوت في المأثم بين أن يتربص العزة وبين أن يتربص القحط والعياذ بالله وقيل المدة للمعاقبة في الدنيا أما يأثم وان قلت المدة والحاصل أن التجارة في الطعام غير محمودة قال (ومن احتكر غلة ضيعته أو ما جلبه من بلد آخر فليس بمحتكر) أما الاول فلانه خالص حقه لم يتعلق به حق العامة ألا ترى أن له أن لا يزرع فكذلك له أن لا يبيع وأما الثاني فالمذكور قول أبي حنيفة لان حق العامة انما يتعلق بما جمع في المصر وجلب الى فنائها وقال أبو يوسف يكره لاطلاق ما روينا وقال محمد كل ما يجلب منه الى المصر في الغالب فهو بمنزلة فناء المصر يحرم الاحتكار فيه لتعلق حق العامة به بخلاف ما اذا كان البلد بعيدا لم تجر العادة بالحمل منه الى المصر لانه لم يتعلق به حق العامة قال (ولا ينبغي للسلطان أن يسعر على الناس) لقوله عليه السلام لا تسعروا فان الله هو المسعر القابض الباسط الرازق ولان الثمن حق العاقد فاليه تقديره فلا ينبغي للامام أن يتعرض لحقه الا اذا تعلق به دفع ضرر العامة على ما نبين واذا رفع الى القاضي هذا الامر يأمر المحتكر ببيع ما فضل عن قوته وقوت أهله على اعتبار السعة في ذلك وينهاه عن الاحتكار فان رفع اليه مرة أخرى حبسه وعزره على ما يرى زجرا له ودفعا للضرر عن الناس فان كان أرباب الطعام يتحكمون ويتعدون عن القيمة تعديا فاحشا وعجز القاضي عن صيانة حقوق المسلمين الا بالتسعير فحينئذ لا بأس به بمشورة من أهل الرأي والبصيرة فاذا فعل ذلك وتعدى رجل عن ذلك وباع بأكثر منه أجازه القاضي وهذا ظاهر عند أبي حنيفة لانه لا يرى الحجر على الحر وكذا عندهما الا أن يكون الحجر على قوم بأعيانهم ومن باع منهم بما قدره الامام صح لانه غير مكره على البيع وهل يبيع القاضي على المحتكر طعامه من غير رضاه قيل هو على الاختلاف الذي عرف في بيع مال المديون وقيل يبيع بالاتفاق لان أبا حنيفة يرى الحجر لدفع ضرر عام وهذا كذلك قال (ويكره بيع السلاح في أيام الفتنة) معناه ممن يعرف أنه من أهل الفتنة لانه تسبيب الى المعصية وقد بيناه في السير وان كان لا يعرف أنه من أهل الفتنة لا بأس بذلك لانه يحتمل أن لا يستعمله في الفتنة فلا يكره بالشك

زوال الملك وأما اذا تضمن زواله فلا يقبل بناء على أن بطلان الملك لا يثبت بخبر الواحد وذلك كلام مجمل لم يفصل فيه أنه اذا تضمن زوال الملك الثابت بدليل موجب لم يقبل وأما اذا تضمن زوال الملك الثابت باستصحاب الحال فيقبل فنشأ الاعتراض ههنا نظرا الى ظاهر اجمال ما ذكر هنالك فأجيب عنه بأن المراد من زوال الملك هنالك زوال الملك الثابت بدليل موجب لازواله ولو كان باستصحاب الحال لان خبر الواحد أقوى من استصحاب الحال لكون الاستصحاب حجة دافعة لا مثبتة أصلا بخلاف خبر الواحد فكان الجواب المذكور ههنا تفصيلا للاجمال الواقع هنالك في الظاهر فكان جوابا شافيا قد اضمحل به الاشكال كما لا يخفى (قوله وان كان لا يعرف أنه من أهل الفتنة لا بأس به لانه يحتمل أن لا يستعمله في الفتنة فلا يكره بالشك) قال بعض المتأخرين

وبرئ الله تعالى منه) أي خذله والخذلان ترك النصرة عند الحاجة (قوله فالحاصل أن التجارة في الطعام غير محمودة) هذا اذا كان على قصد الاحتكار وتربص الغلاء وقصد الاضرار بالناس أما اذا لم يكن شئ من ذلك فهو محمود لان الكاسب صديق الله (قوله الا اذا تعلق به دفع ضرر العامة على ما نبين) والبيان في قوله ويتعدون عن القيمة تعديا فاحشا بأن يبيعوا نصف ما يباع به كما اذا باعوا قفيزا بمائة وهو يشترى بخمسين (قوله فان رفع اليه مرة أخرى حبسه وعزره) وفي الجامع الصغير فان رفع اليه مرة أخرى وعظه وحزره فان رفع اليه مرة ثالثة فحينئذ حبسه (قوله وكذا عندهما لانه حجر على قوم مجهولين) فلا يصح الا أن يكون على قوم بأعيانهم

وقوله (ويتعدون عن القيمة تعديا فاحشا) بأن يبيعوا قفيزا بمائة وهو يشترى بخمسين فيمنعون منه دفعا للضرر عن المسلمين وقوله (يرى الحجر لدفع ضرر عام) يعني كالطبيب الجاهل والمكاري المفلس وقوله

قال (ولا بأس ببيع العصير ممن يعلم أنه يتخذه خمرا) لان المعصية لا تقام بعينه بل بعد تغييره بخلاف بيع السلاح في أيام الفتنة لان المعصية تقوم بعينه قال (ومن أجر بيتا ليتخذ فيه بيت نار أو كنيسة أو بيعة أو يباع فيه الخمر بالسواد فلا بأس به) وهذا عند أبي حنيفة وقالا لا ينبغي أن يكريه لشيء من ذلك لانه اعانة على المعصية وله أن الاجارة ترد على منفعة البيت ولهذا تجب الاجرة بمجرد التسليم ولا معصية فيه وانما المعصية بفعل المستأجر وهو مختار فيه فقطع نسبته عنه وانما قيده بالسواد لانهم لا يمكنون من اتخاذ البيع والكنائس واظهار بيع الخمور والخنازير في الامصار لظهور شعائر الاسلام فيها بخلاف السواد قالوا هذا كان في سواد الكوفة لان غالب أهلها أهل الذمة فاما في سوادنا فاعلام الاسلام فيها ظاهرة فلا يمكنون فيها أيضا وهو الاصح قال (ومن حمل لذمي خمرا فانه يطيب له الاجر عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يكره له ذلك) لانه اعانة على المعصية وقد صح أن النبي عليه السلام لعن في الخمر عشرا حاملها والمحمول اليه له أن المعصية في شربها وهو فعل فاعل مختار وليس الشرب من ضرورات الحمل ولا يقصد به والحديث محمول على الحمل المقرون بقصد المعصية

قوله لانه يحتمل أن لا يستعمله في الفتنة ولو احتمالا ضعيفا فلا يكره بالشك لوجود هذا الاحتمال فليس الشك على معناه المصطلح انتهى أقول ليس هذا بشرح صحيح لان كون احتمال أن لا يستعمله في الفتنة ضعيفا في حق من لم يكن معروفا بكونه من أهل الفتنة ممنوع كيف وأمور المسلمين محمولة على الصلاح والاستقامة كما صرح به صاحب الغاية وغيره في تعليل هذه المسئلة ففي حق من لم يكن معروفا بكونه من أهل الفتنة ان لم يكن احتمال أن لا يستعمله في الفتنة أقوى وأرجح فلا أقل من أن يكون مساويا لاحتمال خلافه فالشك على معناه المصطلح عليه قطعا ولو كان احتمال أن لا يستعمله في الفتنة ضعيفا مرجوحا كان احتمال أن يستعمله في الفتنة قويا راجحا فينبغي أن يكون السلاح من مثله في أيام الفتنة مكروها وجواب المسئلة على خلافه وبالجملة لا وجه للشرح المذكور أصلا (قوله وله أن الاجارة ترد على منفعة البيت ولهذا يجب الاجر بمجرد التسليم ولا معصية فيه وانما المعصية بفعل المستأجر وهو مختار فيه فقطع نسبته عنه) أقول ينتقض هذا التعليل المذكور من قبل أبي حنيفة رحمه الله في هذه المسئلة بمسائل متعددة مذكورة في الذخيرة والمحيط وفتاوى قاضيخان وسائر المعتبرات من غير بيان خلاف في شيء منها من أحد من أئمتنا منها أنه اذا استأجر الذمي من المسلم بيعة ليصلي فيها فان ذلك لا يجوز قال في المحيط والذخيرة لانه

(قوله ومن حمل لذمي خمرا فانه يطيب له الاجر عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا يكره له ذلك لانه اعانة على المعصية) قال الله تعالى وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان وله ان المعصية في شربها وهو فعل فاعل مختار وليس الشرب من ضرورات الحمل لان الشرب قد يوجد بدون الحمل ولا الحمل من ضرورات الشرب لان الحمل قد يوجد للاراقة والصب في الخل ليتخلل فلم تكن المعصية من لوازم الحمل بل المعصية تحصل باختيار الفاعل فلم توجب كراهة الحمل فصار كما لو استأجره لعصر العنب أو لقطعه وهذا قياس وقولهما استحسان (قوله ولا يقصد به) أي لا يقصد الحامل بالحمل شرب الذمي بل مقصوده تحصيل الاجرة وقال محمد رحمه الله في الاصل لو آجر المسلم دارا من ذمي ليسكنها فان شرب فيها الخمر أو عبد فيها الصليب لم يلحق المسلم اثم بشيء من ذلك لان المعصية في قصد المستأجر دون رب الدار فلا اثم عليه وذكر الامام السرخسي رحمه الله في باب الاجارة الفاسدة وهو من باع جارية ممن لا يستبرئها أو يأتيها في غير المأتى لم يلحق البائع اثم بشيء من فعل المشتري وكذا قال فيمن باع غلاما من فاسق يقصد الفاحشة به ولو كان مستأجر الدار مسلما ظهر منه فسق في الدار وكان يجمع الناس على الشرب فيها منعه رب الدار على سبيل النهي عن المنكر فانه فرض على كل مسلم صاحب الدار وغيره فيه سواء وليس لرب الدار أن يخرجه منها مسلما كان أو ذميا لان عقد الاجارة لازم لا يفسخ الا بعذر والعذر ضرر يزول بفسخ الاجارة وهذا ليس من ذلك أرأيت لو كان باعه الدار كان يفسخ البيع بما ظهر منه لا سبيل له الى ذلك فكذا الاجارة كذا ذكره فخر الاسلام والمحبوبي

(وليس الشرب من ضرورات الحمل) لان الشرب قد يوجد بدون الحمل وبالعكس فلا يكون الحمل مستلزما لمعصية

استأجرها ليصلي فيها وصلاة الذمي معصية عندنا وطاعة في زعمه وأي ذلك اعتبرنا كانت الاجارة باطلة لان الاجارة
على ما هو طاعة أو معصية لا تجوز انتهى ومنها أنه اذا استأجر المسلم من المسلم بيتا ليجعله مسجدا يصلي فيه
المكتوبة أو النافلة فان هذه الاجارة لا تجوز في قول علمائنا وعند الشافعي تجوز قال في المحيط وهذا لانها
وقعت على ما هو طاعة فان تسليم الدار ليصلي فيها طاعة ومن مذهبنا أن الاجارة على ما هو طاعة لا تجوز وعنده
تجوز وكان هذا بمنزلة ما لو استأجر رجلا للاذان أو الامامة لا يجوز عندنا لانه طاعة وعند الشافعي يجوز فكذلك
هذا انتهى ومنها أنه اذا استأجر ذمي من ذمي بيتا يصلي فيه لا يجوز قال في المحيط والذخيرة لان صلاتهم طاعة
عندهم معصية عندنا وأي ذلك كان لم تجز الاجارة انتهى اذ لا يخفى أن التعليل المذكور في الكتاب من قبل
أبي حنيفة في مسئلتنا يقتضي أن لا تبطل الاجارة في تلك المسائل أيضا فان الاجارة انما ترد على منفعة البيت
ولهذا يجب الاجر بمجرد التسليم ومنفعة البيت ليس بطاعة ولا معصية وانما الطاعة والمعصية بفعل المستأجر
وهو مختار فيه فقطع نسبة ذلك الفعل عن المؤجر فينبغي أن تصح الاجارة فيها أيضا عنده مع أن الامر ليس
كذلك كما عرفت فان قلت ان الاجارة وان وردت على منفعة البيت الا أن لجعل منفعته حين العقد لاجل
الطاعة أو المعصية تأثيرا في بطلان الاجارة قلت فليكن الامر كذلك فيما نحن فيه أيضا والحاصل أن الفرق بين
تلك المسائل ومسئلتنا هذه في الحكم والدليل مشكل جدا فليتامل ثم انه ذكر في الذخيرة والمحيط اذا استأجر
الذمي من المسلم دارا ليسكنها فلا بأس بذلك لان الاجارة وقعت على أمر مباح فجازت وان شرب فيها الخمر أو عبد
فيها الصليب أو أدخل فيها الخنازير لم يلحق المسلم في ذلك شيء لان المسلم لم يؤاجرها لها انما أجر للسكنى فكان بمنزلة
ما لو أجر دارا من فاسق كان مباحا وان كان قد يعصي فيها ولو اتخذ فيها بيعة أو كنيسة أو بيت نار يمكن من ذلك
ان كان في السواد قال شيخ الاسلام وأراد بهذا اذا استأجرها الذمي ليسكنها ثم أراد بعد ذلك أن يتخذ كنيسة أو
بيعة فيها فاما اذا استأجرها في الابتداء ليتخذها بيعة أو كنيسة لا يجوز الى هنا لفظ الذخيرة والمحيط قال بعض
المتأخرين بعد نقل ذلك عن صاحب المحيط ولا خفاء فيما بينه وبين ما ذكره المصنف من التنافي أقول ان
التنافي بينهما ممنوع اذ يجوز أن يكون بناء قول شيخ الاسلام فأما اذا استأجرها في الابتداء ليتخذها بيعة أو
كنيسة لا يجوز على قول أبي يوسف ومحمد في هذه المسئلة لكون مختار نفسه قولهما وانما يلزم التنافي
بينهما أن لو قال لا يجوز عند أبي حنيفة أو قال لا يجوز عندهم جميعا وليس فليس وذكر أحد القولين في
المسئلة الخلافية بدون بيان الخلاف ليس بعزيز في كلام الثقات وعن هذا نرى كثيرا من أصحاب المتون
يذكرون قول أبي حنيفة في كثير من المسائل الخلافية بدون بيان الخلاف ثم الشراح يبينون الخلاف
الواقع في ذلك وكيف لا يكون مراد شيخ الاسلام بقوله المزبور ما ذكرناه وقد صرح محمد رحمه الله في الجامع
الصغير بانه لا بأس عند أبي حنيفة أن تؤاجر بيتك ليتخذ فيه بيت نار أو كنيسة أو بيعة أو يباع الخمر فيه
بالسواد وهل يليق بمثل شيخ الاسلام أن يغفل عن مسئلة الجامع الصغير ثم قال ذلك البعض ثم كلام
المصنف صريح في ان اجارة البيت ليباع فيه الخمر مع كونه معصية انما صحت عند أبي حنيفة لتخلل فعل
فاعل مختار وقد صرح صاحب المحيط بان صحتها لعدم كون بيع الخمر معصية للذمي كشربه لان خطاب
التحريم غير نازل في حقه ولا خفاء فيما بينهما أيضا من التنافي انتهى أقول كون كلام المصنف صريحا
فيما ذكره ممنوع لجواز أن يكون قول المصنف وانما المعصية بفعل المستأجر وهو مختار فيه مخارجا مخرج
التغليب فان في المسئلة المذكورة صورا ايجار البيت لان يتخذ فيه بيت نار وايجاره لان يتخذ فيه كنيسة وايجاره
لان يتخذ فيه بيعة وايجاره لان يباع فيه الخمر ولا شك أن اتخاذ بيت النار واتخاذ الكنيسة واتخاذ البيعة معصية
الذمي أيضا لكون الكفار مخاطبين بالايمان بلا خلاف واتخاذ تلك الامور ينافي الايمان فكانت معصية
قطعا وان لم يكن بيع الخمر معصية للكافر بناء على القول بان خطاب التحريم غير نازل في حق الكفار فيجوز
أن تكون الصور الثلاث الاولى مغلبة على صورة بيع الخمر في قول المصنف وانما المعصية بفعل المستأجر وهو
مختار فيه قطعا فقطع نسبته عنه فكأنه قال وانما المعصية في صورة اتخاذ المعصية بفعل المستأجر وهو مختار فيه

قال

قال (ولا بأس ببيع بناء بيوت مكة ويكره بيع أرضها) وهذا عند أبي حنيفة وقالا لا بأس ببيع أرضها أيضا وهذا رواية عن أبي حنيفة لانها مملوكة لهم لظهور الاختصاص الشرعي بها فصار كالبناء ولابي حنيفة قوله عليه السلام ألا ان مكة حرام لا تباع رباعها ولا تورث ولانها حرة محترمة لانها فناء الكعبة وقد ظهر آية أثر التعظيم فيها حتى لا ينفر صيدها ولا يختلى خلاها ولا يعضد شوكها فكذا في حق البيع بخلاف البناء لانه خالص ملك الباني ويكره اجارتها أيضا لقوله عليه السلام من آجر أرض مكة فكانما أكل الربا ولان أراضي مكة تسمى السوائب على عهد رسول الله عليه السلام من احتاج اليها سكنها ومن استغنى عنها أسكن غيره (ومن وضع درهما عند بقال يأخذ منه ما شاء يكره له ذلك) لانه ملكه قرضا جر به نفعا وهو أن يأخذ منه ما شاء حالا فحالا ونهى رسول الله عليه السلام عن قرض جر نفعا وينبغي أن يستودعه ثم يأخذ منه ما شاء جزأ فجزأ لانه وديعة وليس بقرض حتى لو هلك لا شيء على الآخذ والله أعلم

وقوله (ومن وضع درهما عند بقال يأخذ منه ما شاء) واضح ولكن في لفظ الكتاب اشتباه وذلك لان عند الوديعة فلا فرق حينئذ بين صور الوديعة والقرض ويجوز أن يجعل قوله يأخذ منه ما شاء خارجا مخرج الشرط يعني وضعه بشرط أن يأخذ منه ما شاء وأما اذا وضعه ولم يشترط شيأ فهو وديعة ان هلك لم يضمن البقال شيأ

فقطع نسبة ذلك الفعل عن المؤجر وأما في غير صور اتخاذ المعصية وهي صورة بيع الذمي الخمر فالامر بين فحينئذ لا يتحقق التنافي بينه وبين ما صرح به صاحب المحيط كما لا يخفى ثم انه لو سلم دلالة كلام المصنف على كون بيع الخمر أيضا معصية للذمي فلا ضير فيه لان في نزول خطاب التحريم في حق الكفار قولين من مشايخنا فعند بعضهم غير نازل وعند بعضهم نازل كما عرف في أصول الفقه في فصل ان الكفار مخاطبون بالشرائع أم لا فيجوز أن يكون مبنى كلام صاحب المحيط على القول الاول ومبنى كلام المصنف على القول الثاني ولكل وجهة هو موليها (قوله وقالا لا بأس ببيع أرضها وهو رواية عن أبي حنيفة لانها مملوكة لهم لظهور الاختصاص الشرعي بها فصار كالبناء) قال في الكافي بعد ذكر هذا التعليل وقوله عليه السلام وهل ترك لنا عقيل من ربع دليل على أن عقار مكة عرضة للتمليك والتملك انتهى وأصل هذا على ما ذكر في غاية البيان وغيرها ما روى الطحاوي في شرح الآثار باسناده الى أسامة بن زيد أنه قال يا رسول الله انزل في دارك بمكة قال عليه السلام وهل ترك لنا عقيل من رباع أو دور وكان عقيل ورث أبا طالب هو وطالب ولم يرثه جعفر ولا علي لانهما كانا مسلمين وكان عقيل وطالب كافرين وكان عمر بن الخطاب من أجل ذلك يقول لا يرث المؤمن الكافر ففي هذا الحديث ما يدل على أن أرض مكة تملك وتورث لانه قد ذكر فيها ميراث عقيل وطالب مما ترك أبو طالب فيها من رباع ودور انتهى ثم ان بعض المتأخرين بعد أن ذكر ما في الكافي وأصله المزبور على التفصيل المذكور قال ولا يخفى عليك أن هذا الحديث لا يدل على ميراث الارض قطعا لاحتمال جريان الارث على الابنية دون الاراضي ألا يرى الى صحة هذا الحديث أيضا لو كانت الاراضي موقوفة والابنية عليها مملوكة انتهى أقول بل لا يخفى على من له أدنى تمييز أن الحديث المذكور يدل على ميراث الارض أيضا قطعا اذ قد ذكر فيه أنه عليه الصلاة والسلام قال وهل ترك لنا عقيل من رباع أو دور والرباع جمع ربع وهو الدار بعينها حيث كانت والمحلة والمنزل كذا في القاموس وغيره ولا شك أن كلا من الدار والمحلة والمنزل اسم لما يشمل البناء والعرصة التي هي الارض فكان معنى قوله عليه السلام وهل ترك لنا عقيل من رباع أو دور ما ترك لنا شيأ من البناء والارض واذا كان وجه عدم تركه شيأ من ذلك استيلاءه على كل من ذلك بالارث من أبي طالب كما ذكره الطحاوي في شرح الآثار دل الحديث المذكور قطعا على ميراث الارض أيضا وانما لا يدل على ذلك لو كان لفظ الحديث وهل ترك لنا عقيل من بيوت وليس كذلك كما ترى بل لا مجال أصلا لان يكون كذلك اذ لو كان كذلك لما تم جوابا عن قول

(قوله وقالا لا بأس ببيع أرضها أيضا) وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله لانها مملوكة لهم لظهور الاختصاص الشرعي بها التوارث بيعها وقسمتها في المواريث من الصدر الاول الى يومنا هذا من غير نكير يؤيده ما روي أن عليا رضي الله عنه لما دعا رسول الله صلى الله عليه وسلم الى النزول في داره قال عليه السلام هل ترك لنا عقيل من دار يعني استولى عليها وملكها فدل على أن عقار مكة عرضة للتملك (قوله ومن وضع درهما عند بقال يأخذ منه ما شاء يكره له ذلك لانه ملكه قرضا) ومعنى المسئلة أن رجلا فقيرا له درهم يخاف لو كان في يده يهلك أو

(مسائل متفرقة)

قال (ويكره التعشير والنقط فى المصحف) لقول ابن مسعود رضى الله عنه جردوا القرآن ويروى جردوا المصاحف وفى التعشير والنقط ترك التجريد ولان التعشير يخل بحفظ الآى والنقط بحفظ الاعراب اتكالا عليه فيكره قالوا فى زماننا لابد للعجم من دلالة فترك ذلك اخلال بالحفظ وهجران القرآن فيكون حسنا قال (ولا بأس بتحلية المصحف) لما فيه من تعظيمه وصار كنقش المسجد وتزيينه بماء الذهب وقد ذكرناه من قبل قال (ولا بأس بان يدخل أهل الذمة المسجد الحرام) وقال الشافعى يكره ذلك وقال مالك يكره فى كل مسجد للشافعى قوله تعالى انما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا ولان الكافر لا يخلو عن جنابة لانه لا يغتسل اغتسالا يخرجه عنها والجنب يجنب المسجد وبهذا يحتج مالك

أسامة يارسول الله انزل فى دارك بمكة فان عدم ترك عقيل بيتا باسة لانه على الابنية وحدها لا يقتضى عدم تركه أرضا أيضا حتى لا يمكن النزول فى عرصتداره أيضا وهذا مع وضوحه كيف يخفى على ذلك البعض والعجب أنه قال فى حاشية كتابه فى هذا المقام الرباع جمع ربع وهو الدار بعينها والمحلة والمنزل كذا فى القاموس انتهى وقال فى أصل كتابه ولا يخفى عليك أن هذا الحديث لا يدل على ميراث الارض قطعا لاحتمال جريان الارث على الابنية دون الاراضى ولم يلاحظ أنه على ذلك كيف يتم جواب النبى صلى الله عليه وسلم بقوله وهل ترك لنا عقيل من رباع أو دور والله الهادى الى سواء السبيل وهو حسبى ونعم الوكيل

(مسائل متفرقة)

(قوله ولا بأس بتحلية المصحف لما فيه من تعظيمه وصار كنقش المسجد وتزيينه بماء الذهب وقد ذكرناه من قبل) قال صاحب العناية يعنى فى فصل القراءة من الصلاة وقد سبقه صاحب النهاية الى التفسير بهذا الوجه أقول هذا سهو من الشارحين المذكورين لان المصنف ماذكره فى فصل القراءة من الصلاة لا صريحا ولا التزاما بل انما ذكره فى آخر باب ما يفسد الصلاة وما يكره فيها من كتاب الصلاة فى فصل أوله ويكره استقبال القبلة بالفرج فى الخلاء يظهر ذلك بالنظر الى محله (قوله للشافعى قوله تعالى انما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا) قال تاج الشريعة فى حل دلالة الآية على مدعى الشافعى خص الله تعالى المسجد الحرام بالذكر فدل على أن النهى عن الدخول خاص فى حقه لان انما لحصر الحكم فى الشئ أو لحصر الشئ فى الحكم كقولنا انما الطبيب زيد وانما زيد طبيب اه أقول ان قوله لان انما لحصر الحكم فى الشئ أو لحصر الشئ فى الحكم ليس بكلام مفيد ههنا لان الخلاف فى أن الكفار هل يجوز لهم أن يدخلوا المسجد الحرام أم لا لا فى أنهم نجس أم لا وكلمة انما فى الآية المذكورة انما هى فى قوله تعالى انما المشركون نجس لا فى قوله تعالى فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا فتأثير الحصر الذى تفيده كلمة انما هو فى الجملة التى دخلت عليها كلمة انما لا فى الجملة الاخرى فلا يتم التقريب (قوله ولان الكافر لا يخلو عن جنابة لانه لا يغتسل اغتسالا يخرجه عنها والجنب يجنب المسجد) أقول لا يذهب عليك أن هذا الدليل لو تم لدل على أن لا يدخل الكافر شيأ من المساجد ومذهب الشافعى أنه لا يجوز دخول الكافر المسجد الحرام دون سائر المساجد فلم يكن هذا الدليل ملائما للمذهب وانما كان مناسبا لمذهب مالك كما

يصرف الى حاجته لكن حاجته الى المعاملة مع البقال أمس من غيرها كما فى شراء التوابل والملح والكبريت وليس له فلوس حتى يشترى بها ما سنحت له من الحاجة كل ساعة فيعطى الدرهم البقال لان يأخذ منه ما يحتاج اليه مما ذكرنا بحسابه جزأ فجزأ حتى يستوفى ما يقابل الدرهم وهذا الفعل منه مكروه لان حاصل هذا الفعل راجع الى أن يكون قرضا فيه جر نفع وهو مكروه وينبغى أن يستودعه ثم يأخذ منه ما شاء جزأ فجزأ لانه وديعة وليس بقرض حتى لو هلك لا شئ على الآخذ والله أعلم بالصواب

(مسائل متفرقة)

(مسائل متفرقة)
التعشير جعل العواشر فى المصحف وهو كتابة العلامة عند منتهى عشر آيات واختلف فى تفسير قوله جردوا القرآن فقيل المراد نقط المصاحف فيكون دليلا على كراهة نقط المصاحف وقيل هو أمر بتعلم القرآن وحده وترك الاحاديث وقالوا هذا باطل وقيل هو حث على أن لا يتعلم شئ من كتب الله غير القرآن لان غيره انما يؤخذ من اليهود والنصارى وليسوا بمؤتمنين عليها وقوله (وقد ذكرناه من قبل) يعنى فى فصل القراءة من الصلاة

والتعليل بالنجاسة عام فينتظم المساجد كلها ولنا ماروى أن النبي عليه السلام أنزل وفد ثقيف فى مسجده وهم كفار ولان الخبث فى اعتقادهم فلا يؤدى الى تلويث المسجد والآية محمولة على الحضور استيلاء واستعلاء أو طائفين عراة كما كانت عادتهم فى الجاهلية قال (ويكره استخدام الخصيان) لان الرغبة فى استخدامهم حث الناس على هذا الصنيع وهو مثلة محرمة قال (ولا باس بخصاء البهائم وانزاء الحمير على الخيل) لان فى الاول منفعة البهيمة والناس وقد صح أن النبي عليه السلام ركب البغلة فلو كان هذا الفعل حراما لما ركبها لما فيه من فتح بابه قال (ولا باس بعيادة اليهودى والنصرانى) لانه نوع بر فى حقهم وما نهينا عن ذلك وقد صح أن النبي عليه السلام عاد يهوديا مرض بجواره قال (ويكره أن يقول الرجل فى دعائه أسألك بمعقد

لا يخفى (قوله ولان الخبث فى اعتقادهم فلا يؤدى الى تلويث المسجد) قال بعض المتاخرين ظاهره أن هذا دليل آخر ولا وجه له فحق التعبير حذف حرف التعليل ليكون اشارة الى دفع أن يقال كيف أنزلهم فى مسجده وقد وصفهم الله تعالى بكونهم أنجاسا انتهى أقول ليس ذلك بشئ اذ لا شك فى صحة أن يكون هذا دليلا آخر عقليا لنا فان الخبث اذا كان فى اعتقادهم لا يؤدى الى تلويث المسجد فلا يكون فى دخولهم المسجد باس لا محالة فقول ذلك البعض ولا وجه له تحكم بحت كما لا يخفى وكونه دليلا مستقلا على أصل المدعى لا ينافى أن يتضمن الجواب عن أن يقال كيف أنزل النبي عليه السلام وفد ثقيف فى مسجده وهم كفار وقد وصفهم الله تعالى بكونهم نجسا كما حكى أنه عليه السلام لما أنزلهم فى مسجده وضرب لهم خيمة قالت الصحابة قوم أنجاس فقال عليه السلام ليس على الارض من أنجاسهم شئ وانما أنجاسهم على أنفسهم ومن عادة المصنف أنه يجعل كثيرا ما علة النص دليلا مستقلا عقليا على أصل المسئلة افادة للفائدتين معا وما نحن فيه أيضا من ذلك القبيل نعم يرد على ظاهر هذا الدليل أنه تعليل فى مقابلة النص وهو قوله تعالى فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا والتعليل فى مقابلة النص غير صحيح على ما عرف فى علم الاصول فأجاب المصنف عنه بقوله والآية محمولة على الحضور استيلاء الى آخره (قوله ويكره استخدام الخصيان) قال العينى والخصيان بضم الخاء جمع

(قوله ويكره التعشير) وهو جعل العواشر قالوا فى زماننا لابد للعجم من دلالة فان مشايخنا رحمهم الله لم يروا به باسا لان العجم لا يمكنهم التعليم والتلاوة الا بالنقط وعلى هذا كتبة أسامى السور وعدد الآى فهو وان كان احداثا فهو بدعة حسنة وكم من شئ يختلف باختلاف الزمان والمكان كذا ذكره الامام التمرتاشى رحمه الله (قوله جردوا القرآن) أى ما يكتب فيه القرآن ويؤيده الرواية الثانية (قوله والتعليل بالنجاسة عام) يعنى علل بان المشرك انما يجنب عن المسجد الحرام لكونه نجسا فلا تفصيل بين مسجد ومسجد (قوله فلا يؤدى الى تلويث المسجد) فان قيل الجنب ممنوع عن دخول المسجد الحرام وان لم يؤد الى التلويث قلنا لان أعضاءه نجسة وادخال النجاسة فى المسجد لا يجوز أما الكافر فاعضاؤه طاهرة من النجاسة ولهذا لا يجب عليه الغسل بالاسلام (قوله وهو مثلة محرمة) قال عمر رضى الله عنه لا تمثلوا بنا شئة الله أى بخلق الله ولا باس بثقب أذن الطفل من البنات ذكره فى الخلاصة (قوله ولا باس باخصاء البهائم) والصواب بخصاء البهائم (قوله ولا باس بعيادة اليهودى والنصرانى) قيدبهما لان فى عيادة المجوس اختلافا (قوله النبي عليه السلام عاد يهوديا مرض بجواره) وقال له قل لا اله الا الله محمد رسول الله فنظر المريض الى أبيه اليهودى فقال له أبوه أجبه فاجابه بشهادة أن لا اله الا الله وأن محمدا رسول الله ثم مات وقال عليه السلام الحمد لله الذى أنقذه من نسمة النار وأما عيادة المجوس منهم من قال لا باس به لما قلنا وقال بعضهم لا يجوز ذلك لان المجوس أبعد عن الاسلام من اليهود والنصارى ولهذا لا تحل ذبيحة المجوس ونكاحهم واختلفوا فى عيادة الفاسق أيضا والاصح انه لا باس به لانه مسلم والعيادة من حقوق المسلمين وفى النوادر جار يهودى أو مجوسى فمات ابن له أو قريب ينبغى أن يعزيه ويقول أخلف الله عليك خيرا منه أو أصلحك فكان معناه أصلحك الله بالاسلام يعنى رزقك الاسلام ورزقك ولدا مسلما

وقوله (ولا باس بعيادة اليهود والنصارى) قيدبهما لان فى عيادة المجوس اختلافا بين المشايخ رحمهم الله فمنهم من قال لا باس به لانهم من أهل الذمة وهو المروى عن محمد رحمه الله ومنهم من قال هم أبعد عن الاسلام من اليهود والنصارى ألا ترى أنه لا يباح ذبيحة المجوس ونكاحهم بخلاف اليهود والنصارى واختلفوا فى عيادة الفاسق والاصح أنه لا باس به لانه مسلم والعيادة من حقوق المسلمين وكلامه واضح

(قال المصنف ولان الكافر لا يخلو عن جنابة) أقول هذا لا يخص المسجد الحرام (قال المصنف والآية محمولة على الحضور استيلاء واستعلاء) أقول أى على منعهم أن يدخلوها مستولين وعلى أهل الاسلام مستعلين وأيضا النهى تكوينى لا تكليفى

العزمن عرشك) والمسئلة عبارتان هذه ومقعد العز ولا ريب فى كراهية الثانية لانه من القعود وكذا الاولى لانه يوهم تعلق عزه بالعرش وهو محدث والله تعالى بجميع صفاته قديم وعن أبى يوسف رحمه الله أنه لا بأس به وبه أخذ الفقيه أبو الليث رحمه الله لانه ماثور عن النبى عليه السلام روى انه كان من دعائه اللهم انى أسالك بمعقد العز من عرشك ومنتهى الرحمة من كتابك وباسمك الاعظم وجدك الاعلى وكلماتك التامة ولكنا نقول هذا خبر واحد فكان الاحتياط فى الامتناع (ويكره أن يقول الرجل فى دعائه بحق فلان أو بحق أنبيائك ورسلك) لانه لا حق للمخلوق على الخالق قال (ويكره اللعب بالشطرنج والنرد والاربعة عشر وكل لهو) لانه ان قامر بها فالميسر حرام بالنص وهو اسم لكل قمار وان لم يقامر فهو عبث ولهو وقال عليه السلام لهو المؤمن باطل الا الثلاث تأديبه لفرسه ومناضلته عن قوسه وملاعبته مع أهله وقال بعض الناس يباح اللعب بالشطرنج لما فيه من تشحيذ الخواطر وتذكية الافهام وهو محكى عن الشافعى رحمه الله لنا قوله عليه السلام من لعب بالشطرنج والنردشير فكأنما غمس يده فى دم الخنزير ولانه نوع لعب يصد عن ذكر الله وعن الجمع والجماعات فيكون حراما لقوله عليه السلام ما ألهاك عن ذكر الله فهو ميسر ثم ان قامر به تسقط عدالته وان لم يقامر لا تسقط لانه متأول فيه وكره أبو يوسف ومحمد التسليم عليهم تحذيرا لهم ولم ير أبو حنيفة رحمه الله به بأسا ليشغلهم عما هم فيه قال (ولا بأس بقبول هدية العبد التاجر واجابة دعوته واستعارة دابته وتكره كسوته الثوب وهديته الدراهم والدنانير) وهذا استحسان وفى القياس كل ذلك باطل لانه تبرع والعبد ليس من أهله وجه الاستحسان انه عليه السلام قبل هدية سلمان رضى الله عنه حين كان عبدا وقبل هدية بريرة رضى الله عنها وكانت مكاتبة وأجاب رهط من الصحابة رضى الله عنهم دعوة مولى أبى أسيد وكان عبدا ولان فى هذه الاشياء ضرورة لا يجد التاجر بدا منها ومن ملك شيأ ملك ما هو من ضروراته ولا ضرورة فى الكسوة واهداء الدراهم فبقى على أصل القياس

(قوله لهو المؤمن باطل الا الثلاث) كذا بالاصل والمحفوظ الا فى ثلاث اهـ مصححه

(قال المصنف لانه ان قامر بها فالميسر حرام بالنص وهو اسم لكل قمار وان لم يقامر فهو عبث ولهو) أقول ولذلك لم يعزر لو قال يا مقامر لان أبا يوسف قال فى رواية لا بأس باللعب بالشطرنج كذا فى المحيط السرخسى فى باب التعزير وفى صحة التعليل كلام لا يخفى

خصى كالثنيان جمع ثنى وتبعه بعض المتأخرين أقول ما ذكراه ليس بصحيح فان المضبوط فى عامة المعتبرات من كتب اللغة أن جمع خصى هو خصيان بكسر الخاء وخصية قال فى مختار الصحاح والرجل خصى والجمع خصيان بالكسر وخصية انتهى وأما كون الخصيان بالضم جمع خصى فلم يسمع من أئمة اللغة قط (قوله وكذا الاولى لانه يوهم تعلق عزه بالعرش وهو محدث والله تعالى بجميع صفاته قديم) قال بعض المتأخرين يرد عليه أن حدوث تعلق صفته تعالى بشئ حادث لا يوجب حدوث تلك الصفة لعدم توقفها على ذلك التعلق فان صفة العز ثابتة له تعالى أزلا وأبدا وعدم تعلقه بالعرش الحادث مثلا قبل خلقه لا يستلزم انتفاء عزه ولا نقصانا فيه كما أن عدم تعلق كمال قدرته بهذا العالم العجيب الصنع قبل خلقه لا يوجب عدم قدرته أو نقصانا فيه وبالجملة التعلقات الحادثة مظاهر الصفات لا مباديها فالاولى فى تقرير الدليل أن يقال كما قاله صاحب الكافى لانه يوهم تعلق عزه بالعرش وأن عزه حادث والعز صفته القديمة حيث جعل لزوم كون عزه حادثا داخلا فى حيز الايهام فتأمل الى هنا كلامه أقول ان صاحب الكافى وان جعل لزوم كون عزه حادثا داخلا فى حيز الايهام الا أنه علل ايهام أن عزه حادث بتعلقه بالمحدث حيث قال لانه يوهم تعلق عزه بالعرش وأن عزه حادث لتعلقه بالمحدث والعز صفته القديمة لم يزل موصوفا به ولا يزال موصوفا به انتهى فكان مدار ما قاله صاحب الكافى أيضا لزوم تعلق عزه بالمحدث فلم يكن فرق بينه وبين ما قاله المصنف فى وورود ما ذكره ذلك القائل فلا معنى لقوله فالاولى فى تقرير الدليل أن يقال كما قاله صاحب الكافى وان لم يرد ذلك القائل قول صاحب الكافى

(قوله لانه يوهم تعلق عزه بالعرش) فتوهم ان عزه حادث (قوله والاربعة عشر) قيل شئ يستعمله اليهود (قوله وتكره كسوته الثوب) أى تمليكه (قوله ولان فى هذه الاشياء ضرورة لا يجد التاجر بدا منها) لان من فعل ذلك كان للتجارة يجتمع عنده جمع من الناس فلا يخلو من أن يطلب أحدهم شربة ماء أو نحوه فلو امتنع ينسب الى البخل فلا يختلفون اليه فينسد باب التجارة فصار هذا من ضروراته ومن ملك شيأ ملك ما هو من ضروراته

قال (ومن كان في يده لقيط لا أب له الخ) ذكر في النهاية ان قوله لا أب له ليس بشرط لازم في حق هذا الحكم لانه ذكر في كتاب الهبة في صغيرة لها زوج هي عنده يعولها ولها أب فوهب لها انسان وقبضت أوقبض لها أبوها أو زوجها أن ذلك جائز فلم يمتنع صحة قبض الزوج لها بقيام الاب لانه لما كان نفعا محضا كان تحقيق معناه في فتح باب الاصابة من كل وجه من وجه الولاية ومن وجه العول والنفقة ومن وجه العقل والتمييز فثبت ان عدم الاب ليس بلازم كذا ذكره فخر الاسلام رحمه الله واموال القنية ما يكون للنسل لا للتجارة وقوله (واجارة الصغار) في أكثر النسخ وهو رواية القدوري رحمه الله وفي بعضها واجارة الاظآر وكلاهما واضح وقوله (ولا يجوز للملتقط أن يؤاجره) هذا يناقض قوله واجارة الصغار ظاهرا فنهم من حمله على الروايتين فالاول على رواية القدوري كما مر والثاني على رواية الجامع الصغير ومنهم من غير لفظ الكتاب الى لفظ الاظآر كما مر ومنهم من وفق بينهما فحمل جواز اجارته على ما اذا تحققت الضرورة بدليل وقوعه في النوع الذي فيه تعداد الضرورة وعدم جوازها على ما اذا لم يكن فيه ضرورة وقوله (ولا يجوز ذلك للعم) يعني وان كان في

قال (ومن كان في يده لقيط لا أب له فانه يجوز قبضه الهبة والصدقة له) وأصل هذا أن التصرف على الصغار أنواع ثلاثة نوع هو من باب الولاية لا يملكه الامن هو ولي كالانكاح والشراء والبيع لاموال القنية لان الولي هو الذي قام مقامه بانابة الشرع ونوع آخر ما كان من ضرورة حال الصغار وهو شراء ما لابد للصغير منه وبيعه واجارة الاظآر وذلك جائز ممن يعوله وينفق عليه كالاخ والعم والام والملتقط اذا كان في حجرهم واذا ملك هؤلاء هذا النوع فالولي أولى به الا أنه لا يشترط في حق الولي أن يكون الصبي في حجره ونوع ثالث ماهو نفع محض كقبول الهبة والصدقة والقبض فهذا يملكه الملتقط والاخ والعم والصبي بنفسه اذا كان يعقل لان اللائق بالحكمة فتح باب مثله نظرا الصبي فيملك بالعقل والولاية والحجر وصار بمنزلة الانفاق قال (ولا يجوز للملتقط أن يؤاجره ويجوز للام أن تؤاجر ابنها اذا كان في حجرها ولا يجوز للعم) لان الام تملك اتلاف منافعه

التعلقه بالمحدث فيكون علة قوله وان عزه حادث تعلقه بالمحدث ظاهر وان لم يصرح به اذ لا شيء يصلح لان يكون علة له سواه وعن هذا ترى كل من بين وجه الكراهة في الدعاء المذكور من مشايخنا جعل المدار لزوم تعلق عزه بالحادث قال في المحيط وأما باللفظ الاول فلانه يوهم تعلق عزه بالعرش وان عزه حادث اذ تعلق بالحادث والله تعالى متعال عن صفة الحدوث انتهى وقال فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير وان كان من العقد وهو المعروف في هذا الدعاء فانه يكره أيضا لانه يوهم تعلق عزه بالعرش وان عزه حادث اذ تعلق بالمحدث والله تعالى عز يزلم يزل موصوفا به ولا يزال موصوفا به اهـ الى غير ذلك من عبارات المشايخ العظام في هذا المقام ثم أقول في الجواب عما أورده ذلك البعض الظاهر أن ما هو المحذور واعنه ههنا ليس ايهام مطلق تعلق عزه تعالى بالمحدث اذ قد تقرر في علم أصول الدين أن ظهور المحدثات كلها وبروزها من كتم العدم الى دائرة الوجود بحسب تعلق ارادة الله تعالى وقدرته بذلك والحدوث انما هو في التعلقات دون أصل الصفات ولا نقصان في ذلك أصلا بل هو كمال محض لا يخفى فكذا الحال في صفة عزه تعالى وانما مرادهم بما هو المحذور واعنه ايهام تعلق عزه تعالى بالمحدث تعلقا خاصا وهو أن يكون ذلك المحدث مبدأ ومنشأ لعزه تعالى كما يوهمه كلمة من في قوله بمعقد العز من عرشك اذ الظاهر المتبادر منها في بادئ الرأي أن تكون لابتداء الغاية حتى قال بعضهم ان جميع معاني من راجعة الى معنى ابتداء الغاية ولا شك أن التعلق بالمحدث على الوجه الخاص المذكور غير متصور في عزه تعالى ولا في صفة من صفاته تعالى أصلا وكيف لا يكون مرادهم هذا ولا محالة أنه لا ينبغي أن يخفى على أساطين الفقهاء ما تقرر في علم أصول الدين من جواز تعلق صفات الله بالمحدثات تعلق افاضة ألا ترى أن المحدثات كلها مظاهر صفات الله تعالى وانما المحال تعلق صفة الله تعالى بالمحدث تعلق استفاضة منه فهو المهروب عن ايهامه فيما نحن فيه بلا ريب (قوله قال ومن كان في يده لقيط لا أب له فانه يجوز قبضه الهبة والصدقة له) قال في النهاية اعلم أن قوله لا أب له

(قوله ومن كان في يده لقيط لا أب له فانه يجوز قبضه الهبة والصدقة له) في النهاية اعلم ان قوله لا أب له ليس بشرط لازم في حق هذا الحكم لانه ذكر في كتاب الهبة في صغيرة لها زوج وهي عنده يعولها ولها أب فوهب لها انسان وقبضت وقبض لها أبوها أو زوجها ان ذلك جائز فلم يمتنع صحة قبض الزوج لها لقيام الاب لانه لما كان نفعا محضا كان تحقيق معناه في فتح باب الاصابة من كل وجه من وجه الولاية ومن وجه العول والنفقة ومن وجه العقل والتمييز فثبت ان عدم الاب ليس بلازم كذا ذكره فخر الاسلام رحمه الله القنية أصل مال للنسل لا للتجارة (قوله واجارة الصغار) فان قيل ذكر بعد هذا بخطوط ولا يجوز للملتقط ان يؤاجره فلنا معنى قوله واجارة الصغار تسليمهم في الصناعة ولهذا عده من نوع الضرورة أولان فيه روايتين وبعضهم غيروا الى قوله واجارة الاظآر والاول

(قال المصنف ولا يجوز للملتقط أن يؤاجره) أقول ذكر المصنف في باب اللقيط أن هذه الرواية هي الاصح وقال أكمل الدين يناقض قوله واجارة الصغار ظاهرا فنهم من حمله على الروايتين ومنهم من غير لفظ الكتاب الى لفظ الاظآر كما مر ومنهم من وفق بينهما فحمل جواز اجارته على ما اذا تحققت الضرورة بدليل وقوعه في النوع الذي فيه تعداد الضرورة وعدم جوازها على ما اذا لم يكن فيه ضرورة انتهى وقال العلامة الكاكي أو نقول المراد بقوله واجارة الصغار تسليمهم للصناعة حتى يكون من جنس ما لابد للصغار منه انتهى وقد مر أنه يجوز في كتاب اللقيط (قوله فالاول على رواية القدوري كما مر) أقول في كتاب اللقيط

باستخدامه ولا كذلك الملتقط والعم (ولو آجر الصبي نفسه لا يجوز) لانه مشوب بالضرر (الا اذا فرغ من العمل) لان عند ذلك تمحض نفعا فيجب المسمى وهو نظير العبد المحجور يؤاجر نفسه وقد ذكرناه قال (ويكره أن يجعل الرجل في عنق عبده الراية) ويروى الداية وهو طوق الحديد الذي يمنعه من أن يحرك رأسه وهو معتاد بين الظلمة لانه عقوبة أهل النار فيكره كالاحراق بالنار (ولا يكره أن يقيده) لانه سنة المسلمين في السفهاء وأهل الدعارة فلا يكره في العبد تحرزا عن اباقه وصيانة لماله قال (ولا بأس بالحقنة يريد به التداوي) لان التداوي مباح بالاجماع وقد ورد باباحته الحديث ولا فرق بين الرجال والنساء الا أنه لا ينبغي أن يستعمل

ليس بشرط لازم في حق هذا الحكم لانه ذكر في كتاب الهبة في صغيرة لها زوج هي عنده يعولها ولها أب فوهب لها أنها لو قبضت أو قبض لها أبوها أو زوجها أن ذلك جائز فلم يمتنع صحة قبض الزوج لها بقيام الاب فانه لما كان نفعا محضا كان تحقيق معناه في فتح باب الاصابة من كل وجه من وجه الولاية ومن وجه العول والنفقة ومن وجه العقل والتمييز فثبت أن عدم الاب ليس بلازم كذا ذكره فخر الاسلام انتهى وقد أطبقت كلمة سائر الشراح أيضا على أن عدم الاب ليس بلازم في حكم هذه المسئلة وانما هو قيد اتفاقي وعلل ذلك كلهم بما ذكر في كتاب الهبة من أن الصغيرة لو كانت عند زوجها يعولها ولها أب فقبض زوجها الهبة لها فانه يجوز لكونه نفعا محضا فجاز قبض الهبة لها مع قيام الاب غير أن صاحبي الكفاية والعناية ذكراه بطريق النقل عن النهاية ومن عداهما ذكروه من عند أنفسهم أقول قول الكل ليس بصحيح عندي اذ الثابت مما ذكره في كتاب الهبة انما هو أن عدم الاب ليس بلازم في جواز قبض زوج الصغيرة الهبة لها اذا كانت عنده يعولها لا أن عدم الاب ليس بلازم فيما نحن فيه وهو جواز قبض الملتقط الهبة أو الصدقة للقيط الذي في يده لتحقق الفرق بين زوج الصغيرة وسائر من يعولها في جواز قبض الهبة لها عند وجود الاب كما مر في نفس الكتاب في كتاب الهبة متصلا بالمسئلة التي استشهدوا بها حيث قال وفيما وهب للصغيرة يجوز قبض زوجها لها بعد الزفاف لتفويض الاب أمورها اليه دلالة بخلاف ما قبل الزفاف ويملكه مع حضرة الاب بخلاف الام وكل من يعولها غيرها حيث لا يملكونه الا بعد موت الاب أو غيبته غيبة منقطعة في الصحيح لان تصرف هؤلاء للضرورة لا بتفويض الاب ومع حضرة الاب لا ضرورة انتهى تامل ترشد وقال بعض المتاخرين وقوله لا أب له أي لا أب له معروف لا أن لا يكون أبوه حيا وهو بيان للواقع فان اللقيط لا يكون الا كذلك لانه في الشرع مولود طرحه أهله في الطريق خوفا من العيلة أو فرارا من التهمة فلا يكون له أب معروف فلا وجه لما قاله صاحب النهاية من

أصح لانه موافق لرواية الجامع الصغير للامام المختار في لفظ فخر الاسلام البزدوي رحمه الله (قوله ولو آجر الصبي نفسه لا يجوز) أي لا يلزم (قوله ويكره أن يجعل الرجل في عنق عبده الراية) بالراء المهملة هي غل يجعل في عنقه علامة يعلم بها أنه آبق وأما الداية بالدال فغلط كذا في المغرب قالوا هذا كان في زمانهم عند قلة الاباق وأما في زماننا فلا بأس به لغلبة الاباق خصوصا في الهنود كذا ذكره الامام قاضيخان رحمه الله (قوله ولا بأس بالحقنة يريد به التداوي) قيد به لانه لو أراد به التسمين لا يباح له (قوله وقد ورد باباحته الحديث) أي باباحة التداوي وهو ما روي عن النبي عليه السلام أنه قال تداووا عباد الله فان الله تعالى ما خلق داء الا وقد خلق له دواء الا السام والهرم والامر بالتوكل محمول على التوكل عند اكتساب الاسباب ثم التوكل بعده على الله دون الاسباب قال الله تعالى لمريم رضي الله عنها وهزي اليك بجذع النخلة والله تعالى قادر على أن يرزقها من غير هز كذا ذكره فخر الاسلام والمحبوبي رحمهما الله تعالى (قوله الا أنه لا ينبغي ان يستعمل المحرم) وفي التهذيب

بحره وقوله (ولو آجر الصبي نفسه لا يجوز) قال في النهاية أي لا يلزم وقوله وقد ذكرناه يعني في باب اجارة العبد وقوله (ويكره أن يجعل في عنق عبده الراية) راية الغلام غل يجعل في عنق الغلام علامة يعلم بها انه آبق قال في النهاية وأما الداية بالدال فغلط كذا في المغرب قالوا هذا كان في زمانهم عند قلة الاباق أما في زماننا فلا بأس به لغلبة الاباق خصوصا في الهنود وقوله (يريد به التداوي) احتراز عما لو أراد به التسمين فانه لا يباح وقوله وقد ورد باباحته أي باباحة التداوي الحديث قال صلى الله عليه وسلم تداووا عباد الله فان الله تعالى ما خلق داء الا وقد خلق له دواء الا السام والهرم والامر بالتوكل محمول على التوكل عند اكتساب الاسباب ثم التوكل بعده على الله تعالى دون الاسباب قال الله تعالى لمريم وهزي اليك بجذع النخلة مع قدرته على أن يرزقها من غير هز كذا ذكره فخر الاسلام رحمه الله وقوله (الا أنه لا ينبغي أن يستعمل المحرم كالخمر ونحوها لان الاستشفاء بالمحرم حرام) قيل اذا لم يعلم أن فيه شفاء فان علم أن فيه شفاء وليس له دواء آخر غيره يجوز له الاستشفاء به ومعنى قول ابن مسعود رضي الله عنه ان الله لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم يحتمل أن عبد الله قال ذلك في داء عرف له دواء غير المحرم لانه يستغني بالحلال عن الحرام ويجوز أن يقال تنكشف الحرمة عند الحاجة فلا يكون الشفاء بالحرام وانما يكون بالحلال

(قوله فالاول احتراز عما لو أراد به التسمين فانه لا يباح) أقول سبق من المصنف في فصل الوطء والنظر والمس أنه يجوز المحرم الحقنة للهزال الفاحش على ما روي عن أبي يوسف لانه أمارة المرض فانه يدل على ان المختار تلك الرواية ويجوز أن يقال المراد ههنا ارادة مجرد السمن بلا قصد التداوي وفيما سبق ليس كذلك

المحرم كالخمر ونحوها لان الاستشفاء بالمحرم حرام قال (ولا باس برزق القاضى) لانه عليه السلام بعث عتاب ابن أسيد الى مكة وفرض له وبعث عليا الى اليمن وفرض له ولانه محبوس لحق المسلمين فتكون نفقته فى مالهم وهو مال بيت المال وهذا لان الحبس من أسباب النفقة كما فى الوصى والمضارب اذا سافر بمال المضاربة وهذا فيما يكون كفاية فان كان شرطا فهو حرام لانه استئجار على الطاعة اذ القضاء طاعة بل هو أفضلها ثم القاضى اذا كان فقيرا فالافضل بل الواجب الاخذ لانه لا يمكنه اقامة فرض القضاء الا به اذ الاشتغال بالكسب يقعده عن اقامته وان كان غنيا فالافضل الامتناع على ما قيل رفقا ببيت المال وقيل الاخذ وهو الاصح صيانة للقضاء عن الهوان ونظرا لمن يولى بعده من المحتاجين لانه اذا انقطع زمانا يتعذر اعادته ثم تسميته رزقا يدل على أنه بقدر الكفاية وقد جرى الرسم باعطائه فى أول السنة لان الخراج يؤخذ فى أول السنة وهو يعطى منه وفى

أن قوله لا أب له ليس بشرط لازم فى حق هذا الحكم لانه ذكر فى كتاب الهبة فى صغيرة لها زوج هى عنده يعولها ولها أب فوهب لها أنها لو قبضت أو قبض لها أبوها أو زوجها أن ذلك جائز فلم يمتنع صحة قبض الزوج لها بقيام الاب وذلك لان وضع المسئلة فى اللقيط لا فى الصغار مطلقا الى هنا كلامه أقول ليس هذا أيضا بصحيح فان مداره الغفول عما تقرر فى كتاب اللقيط من أنه اذا ادعاه مدع أنه ابنه يقبل قوله ويثبت نسبه منه فجاز أن يظهر له أب بعد الالتقاط فيصير كسائر الصغار الذين لهم أب فيتمشى ما ذكره صاحب العناية وغيره من جواز قبض الزوج له بقيام الاب فيما اذا كانت صغيرة مزوجة وكانت عند زوجها يعولها فلا وجه لنفى وجه ما قاله صاحب النهاية بناء على أن وضع المسئلة فى اللقيط لا فى الصغار مطلقا ولا معنى لحمل قوله لا أب له فى مسئلة الجامع الصغير على بيان الواقع بان يكون المراد لا أب له معروف لا أن لا يكون له أب فى الحياة لانه ان كان المراد لا أب له معروف حين الالتقاط فهذا مع كونه بعيدا من اللفظ جدا لاحتياجه الى التقييد مرتين يصير بمنزلة اللغو من الكلام فى هذا المقام لا يليق بشأن الامام الربانى محمد ذلك الهمام وان كان المراد لا أب له معروف أصلا أى لا حين الالتقاط ولا بعده فلا يصح أن يكون بيانا للواقع اذ لا يلزم أن لا يكون اللقيط الا كذلك فانه قد يكون له أب معروف بعد الالتقاط بان ادعى أحد أنه ابنه وشاع ذلك فانه مقبول فى الشرع كما مر ولا فرق بينه وبين سائر

يجوز للعليل شرب البول والدم والميتة للتداوى اذا أخبره طبيب مسلم ان شفاءه فيه ولم يجد من المباح ما يقوم مقامه وان قال الطبيب يتعجل شفاؤك به فيه وجهان وهل يجوز شرب القليل من الخمر للتداوى فيه وجهان كذا ذكره الامام التمرتاشى رحمه الله وذكر فى الذخيرة وما قاله الصدر الشهيد رحمه الله بان الاستشفاء بالحرام حرام فهو غير مجرى على اطلاقه وان الاستشفاء بالمحرم انما لا يجوز اذا لم يعلم ان فيه شفاء اما اذا علم ان فيه شفاء وليس له دواء غيره يجوز الاستشفاء به ومعنى قول ابن مسعود رضى الله عنه ان الله تعالى لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم يحتمل ان عبد الله قال ذلك فى داء عرف له دواء غير المحرم لانه حينئذ يستغنى بالحلال عن الحرام ويجوز أن يقال تنكشف الحرمة عند الحاجة فلا يكون الشفاء بالحرام وانما يكون بالحلال (قوله بعث عتاب بن أسيد رضى الله عنه الى مكة وفرض له) أى فرض أربعين أوقية فى السنة والاوقية بالتشديد أربعون درهما وتكلموا انه عليه السلام من أى مال رزقه ولم يكن يومئذ الدواوين ولا بيت المال فان الدواوين وضعت فى زمن عمر رضى الله عنه فقيل انما رزقه من الفىء مما أفاء الله وقيل من المال الذى أخذ من نصارى بنى نجران ومن الجزية التى أخذها من مجوس هجر وعن أبى بكر رضى الله عنه انه كان يأخذ كل يوم درهما وثلثى درهم وعن عمر رضى الله عنه انه كان يأخذ كفايته قال الصدر الشهيد رحمه الله وان استعف فيتنزه كان أفضل قال الله تعالى ومن كان غنيا فليستعفف ومن كان فقيرا فليأكل بالمعروف والآية وان كان نزولها فى وصى اليتيم ولكن الوصى عامل لليتيم فثبت ذلك الحكم فى كل من يعمل لغيره بطريق الحسبة فقد روى عن عثمان رضى الله عنه انه احتسب ولم يأخذ هذا كله فيما اذا كان مال بيت المال حلالا جمع بحق وأما اذا كان حراما جمع بباطل لم يحل أخذه لان سبيل الحرام والغصب رده على أهله وليس ذلك بمال عامة المسلمين (قوله وهذا فيما يكون كفاية) يعنى اذا أخذ القاضى رزقه على وجه الكفاية بان

قال (ولا باس برزق القاضى الخ) اذا قلد السلطان رجلا القضاء لا باس أن يعين له رزقا بطريق الكفاية لا أن يشترط ذلك فى ابتداء التقليد لان النبى عليه الصلاة والسلام بعث عتاب بن أسيد رضى الله عنه الى مكة وفرض له أربعين أوقية فى السنة والاوقية بالتشديد أربعون درهما وتكلموا فى أنه صلى الله عليه وسلم من أى مال رزقه ولم تكن يومئذ للدواوين ولا بيت المال فان الدواوين وضعت فى زمن عمر رضى الله عنه فقيل انما رزقه من الفىء وقيل من المال الذى أخذه من نصارى نجران ومن الجزية التى أخذها من مجوس

زماننا الخراج يؤخذ فى آخر السنة والمأخوذ من الخراج خراج السنة الماضية هو الصحيح ولو استوفى رزق سنة وعزل قبل استكمالها قيل هو على اختلاف معروف فى نفقة المرأة اذا ماتت فى السنة بعد استعجال نفقة السنة والاصح انه يجب الرد قال (ولا باس بان تسافر الامة وأم الولد بغير محرم) لان الاجانب فى حق الاماء فيما يرجع الى النظر والمس بمنزلة المحارم على ماذكرنا من قبل وأم الولد أمة لقيام الملك فيها وان امتنع بيعها

الاولاد الذين يحتاج ثبوت نسبهم الى دعوة الاب كما فى المولود من أمته فالحق عندى أن قوله لاأب له قيد احترازى عن اللقيط الذى كان له أب حاضر فانه لايجوز لمن كان فى يده مثل ذلك اللقيط أن يقبض الهبة أو الصدقة له على موجب ما مر فى كتاب الهبة من أن زوج الصغيرة يملك قبض الهبة لها بعد الزفاف مع حضرة الاب لتفويض الاب أمورها اليه دلالة بخلاف الام وكل من يعولها غيرها حيث لايملكونه الا بعد موت الاب أو غيبته غيبة منقطعة فى الصحيح لان تصرف هؤلاء للضرورة لا بتفويض الاب ومع حضرة الاب لاضرورة اهـ اذ لاشك أن الملتقط داخل فى كلمة قوله وكل من يعولها غيرها فلزم أن لايملك قبض الهبة للصغيرة التى كانت فى يده وعوله كما لايخفى فتبصر والله الموفق للصواب

تقلد القضاء ابتداء من غير شرط ثم رزقه الوالى كفايته لاحتباسه بالقضاء عن الكسب أما اذا أخذ على الشرط بان قال فى ابتداء القضاء انما أقبل القضاء ان رزقنى الوالى كذا فى كل شهر أو فى كل سنة بمقابلة قضائى بين الناس والا فلا أقبل فهو باطل لانه استئجار على الطاعة فلا يجوز (قوله ولو استوفى رزق سنة وعزل قبل استكمالها) قيل هو على اختلاف معروف يعنى لايجب الرد على قياس قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله ويجب الرد على قول محمد رحمه الله وقاسوها على نفقة الزوجة اذا استعجلت فمات أحدهما قبل مضى السنة لم يرجع عندهما خلافا لمحمد رحمه الله والصحيح انه يجب الرد (قوله ولا باس أن تسافر الامة وأم الولد بغير محرم) وفى التتمة كانت هذه الاباحة فى الابتداء اما الآن فيكره هولهما أيضا والله أعلم

عمر وقوله (على اختلاف معروف فى نفقة المرأة) يعنى على قول محمد رحمه الله يجب رد حصة ما بقى من السنة وعلى قول أبى يوسف رحمه الله لايجب قاسوا على نفقة الزوجة اذا استعجلت نفقة السنة فمات الزوج فى نصف السنة ردت نفقة ما بقى عند محمد خلافا لابى يوسف وقوله (ولا باس أن تسافر الامة الى آخره) قيل هذا كان فى الابتداء أما الآن فيكره ذلك لغلبة أهل الفسوق وقوله (على ما ذكرنا من قبل) اشارة الى ماذكر من قبل فصل الاستبراء بقوله وأما الخلوة بها والمسافرة فقد قيل يباح كما فى المحارم

(تم الجزء الثامن من تكملة فتح القدير لمولانا شمس الدين المعروف بقاضى زاده أفندى مع الكفاية ويليه الجزء التاسع أوله كتاب احياء الموات)

(فهرست الجزء الثامن من تكملة فتح القدير لمولانا شمس الدين المعروف بقاضى زاده أفندى)

(تمت)

